image
not
available

4 J.gall. 39-4

Digitized by Google

<36632816930014

<36632816930014

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Jan Gall 39

Digitized by Google

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TOME QUATRIÈME.

Digitized by Google

ERRATA.

Tome 1, page 327, col. 1, ligne 56, *après* 1752, *ajoutez :* mais cette législation est changée, comme on le verra à l'article *Inscriptions sur le grand livre*, §. 6.

Tome 4, page 89, col. 2, ligne 15, *au lieu de*, donner, *lisez*, se donner.

Même tome, col. 1, ligne 9, *au lieu de*, n. 2, *lisez*, n. 7.

Digitized by Google

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

TROISIÈME ÉDITION,

Corrigée, réduite aux objets dont la connaissance peut encore être utile, et augmentée 1°. d'un grand nombre d'Articles, 2°. de Notes indicatives des changemens apportés aux Lois anciennes par les Lois nouvelles, 3°. de Dissertations, de Plaidoyers et de Réquisitoires de l'Éditeur sur les unes et les autres;

Par M. MERLIN, Conseiller d'État, Procureur-Général-Impérial à la Cour de Cassation, Commandant de la Légion d'Honneur et Membre de l'Institut de France.

TOME QUATRIÈME.

DON.–EXÉC.

A PARIS,

Chez GARNERY, rue de Seine, faubourg S. Germain, hôtel Mirabeau

1808.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

DOMBES.

* **Dombes.** Petite province de France dont Trévoux est la capitale. Avant 1762, cette province était une souveraineté particulière qui avait été formée des débris du second royaume de Bourgogne. (M. Guyot.) *

* Après la mort de l'empereur Conrard le Salique, arrivée l'an 1032, la plupart des seigneurs de Dombes se rendirent indépendans de l'empire; et, du consentement des peuples, s'érigèrent en souverains, chacun dans l'étendue de sa seigneurie.

Tels furent les sires de Bagé ou Baugé, les sires de Thoire, de Villars et de Beaujeu, qui possédaient chacun une portion de la Dombes, sans néanmoins qu'aucun d'eux prit encore le titre de seigneur de ce pays.

Le premier qui ait porté le titre de prince souverain de Dombes, est Humbert I, seigneur de Beaujeu, lequel, en 1218, épousa Marguerite de Baugé, à laquelle le sire de Bauge son père donna en dot ce qu'il possédait en Dombes; Humbert I acquit le surplus, soit par vente, succession, donation, ou par droit de conquête.

Ce prince et ses successeurs jouissaient de tous les droits de souveraineté; ils ont fait la paix et la guerre, traité avec les princes voisins par leurs ambassadeurs; ils avaient le droit de vie et de mort, le droit de justice en souverain et dernier ressort, le droit de créer des offices, de battre monnaie, etc. (*M.* Boucher d'Argis, *père.*) *

* Édouard II, seigneur de Beaujeu et de Dombes, fit donation entre-vifs à Louis II, duc de Bourbon, de sa baronnie de Beaujeu, et de toutes les autres terres qu'il possédait en France et dans l'Empire, par contrat du 23 juin 1400. La seigneurie de Dombes ayant passé au connétable Charles de Bourbon, se trouva comprise dans la confiscation de ses biens; en 1527, elle fut cédée à Louise de Savoie, duchesse d'Angoulême, mère de François I; et, par édit du mois de janvier 1531, ce prince unit au domaine de la couronne la seigneurie de Dombes, ainsi que les autres terres qui étaient possédées par cette princesse, et qui venaient tant de la maison de Bourbon que de celle de Montpensier.

Il y eut ensuite plusieurs discussions au sujet de ces biens; et, par une transaction passée à Orléans le 27 octobre 1560, homologuée au parlement de Paris le 25 juin 1561, Charles IX délaissa à Louis de Bourbon, duc de Montpensier, les terres et seigneuries de Beaujolais et de Dombes, en l'état que feue madame Anne de France et le connétable de Bourbon en avaient joui; il fut stipulé que ce duc et ses successeurs jouiraient dans le pays de Dombes, de tout droit de souveraineté, prérogatives, prééminences, exemptions, immunités, franchises et libertés, comme Anne de France et Charles de Bourbon en avaient joui, sans rien réserver, *fors la bouche et les mains, tant seulement.*

Mademoiselle de Montpensier fit donation entre-vifs de la souveraineté de Dombes, le 2 février 1684, à Louis Auguste de Bourbon, duc de Maine, prince légitimé de France, comte d'Eu et duc d'Aumale. Cette souveraineté passa ensuite au prince de Dombes, fils aîné du duc de Maine, qui, par son décès, la transmit à Louis-Charles de Bourbon, comte d'Eu, son frère.

Ce dernier a cédé la même souveraineté à Louis XV, par contrat d'échange passé devant Baron et son confrère, notaires à Paris, le 19 mars 1762, lequel a été ratifié par des lettres patentes du même mois, dûment enregistrées.

Les princes de Dombes avaient un conseil d'état et privé qui a cessé ses fonctions lors de l'échange.

Ils avaient aussi un parlement dont la chambre des requêtes connaissait de toutes les causes contentieuses en première instance; mais cette cour a pareillement été supprimée par un édit du mois d'octobre 1771.

La principauté de Dombes est principalement régie par le droit écrit. On y suit d'ailleurs les lois des anciens souverains. (M. Guyot.) *

* Il existe aussi en Dombes d'anciennes coutumes et quelques statuts particuliers.

Ce que l'on entend par les coutumes de Dombes, ne sont pas des coutumes rédigées, comme celles de France, par le consentement des états du pays et homologuées par le prince.

Digitized by Google

Les coutumes de Dombes furent arrêtées sur quelques difficultés qui s'élevèrent en 1324 ou 1325, sur les usages de ce pays qui étaient non écrits. Ces difficultés furent assez grandes pour donner lieu à une assemblée des nobles du pays. Les seigneurs de la *Marche de Dombes* (ce pays est ainsi appelé, en cette occasion, parcequ'il était frontière de France) s'assemblèrent au nombre de vingt et un, et se promirent, avec serment, les uns aux autres qu'ils maintiendraient entre eux la paix et l'union, et qu'ils observeraient à l'avenir, selon Dieu, les bons usages, mœurs et coutumes de la Marche et pays de Dombes, selon qu'ils seraient réglés et reconnus par cinq d'entre eux qui sont nommés. Ils protestèrent que les sermens et les ligues qu'ils faisaient entre eux, et que tout ce qu'ils déclareraient et ordonneraient, ne pourrait préjudicier *au très excellent prince et empereur leur seigneur*, ni à leurs autres seigneurs, de quelque condition qu'ils fussent. On voit par-là que ces seigneurs reconnaissaient alors l'empereur pour leur seigneur suzerain; ce qui ne détruit pas le droit de souveraineté que les seigneurs de Beaujeu et quelques autres, qui n'eurent point de part à cette assemblée, avaient sur différentes parties de la Dombes.

Les coutumes de Dombes ont été recueillies en trente-neuf articles. Elles concernent l'exercice de la justice des seigneurs, leurs territoires tenus en franchise, leurs hommes francs, leurs taillables et mortaillables, leurs droits de main-morte, de chasse, de garenne, de cens et servis, le droit de tailler leurs hommes en cas de voyage d'outremer, et, en cas de chevalerie, ou mariage de fille, d'exiger un double cens ou servis; l'ordre des successions; la punition du crime d'aldutère, et celle du vol et des délits commis dans les bois.

Quoique ces coutumes n'aient pas été revêtues des formes nécessaires pour leur donner le caractère et l'autorité des lois, elles forment au moins une preuve de l'usage qui s'observait sur ces matières.

La ville de Trévoux a des privilèges ou statuts particuliers qui lui furent accordés en l'an 1300 par les seigneurs de Thoire et de Villars: ces privilèges contiennent quatre-vingt-cinq articles.

Thoissey, seconde ville de Dombes, a aussi ses privilèges du 6 mai 1310: ils sont, à peu de chose près, conformes à ceux de Trévoux.

Les privilèges de la ville de Lent sont du mois d'avril 1269; ils lui ont été accordés par Regnaud, comte de Forez, et seigneur de Beaujeu.

Le Chatelard a aussi des privilèges accordés à ses habitans, le 2 janvier 1353, par Humbert VI, seigneur de Thoire et de Villars.

Enfin le bourg de Marlieu a aussi ses privilèges qui lui ont été accordés, le 8 juin 1308, par Humbert V, seigneur de Thoire et de Villars. (M. Boucher d'Argis *père*.) *

[[Il est inutile d'observer ici que ces privilèges et ces coutumes sont abrogés. *V.* les lois du 4 août 1789, art. 10; les lois des 15 mars 1790, 20 juin et 25 août 1792 et 17 juillet 1793; la loi du 30 ventôse an 12, art. 75 et le Code Napoléon.]]

* La Dombes est un pays de franc-alleu, et tous les héritages y sont libres, s'il n'y a titre au contraire. Il y existe néanmoins des fiefs, mais ils sont simplement d'honneur: les droits utiles dépendent des titres. [[La féodalité et les droits féodaux sont abolis dans la ci-devant Dombes comme dans toute la France. *V.* les lois ci-dessus citées.]]

L'augment de dot y est dû de plein droit et sans aucune stipulation, quoiqu'il n'y ait aucune coutume qui l'ait établi, et qu'il n'y soit fondé que sur l'usage. La quotité de cet augment se règle comme à Lyon, c'est-à-dire qu'il est de la moitié de l'argent comptant et du tiers des immeubles que la femme a apportés en mariage. [[Mais *V. Augment.*]]

Les femmes ont aussi en Dombes des bagues et joyaux dont la quotité coutumière est de la cinquième partie de la dot, pour les veuves des personnes illustres, c'est-à-dire de celles qui sont constituées en quelque dignité de la robe ou de l'épée, ou qui ont assez de degrés de noblesse pour pouvoir prendre la qualité de chevalier, à la différence des nobles et des simples gentilshommes qui ne peuvent prendre que la qualité d'écuyer, pour lesquels les bagues et joyaux ne sont que de la dixième partie de la dot. Quant aux bourgeois, marchands, artisans, et gens de la campagne, les bagues et joyaux sont reglés à la vingtième partie de la dot. [[Mais *V. Bagues et Joyaux.*]]

Des lettres patentes du roi, du 15 août 1772, ont ordonné que l'édit du mois de juin 1771, qui a abrogé les décrets volontaires, et les lettres patentes du 7 juillet suivant seraient exécutés dans la principauté de Dombes, à l'exception des articles 35 et 36 de cet édit. [[Mais *V. Hypothèque.*]]

Les droits de contrôle des actes établi en France n'avaient point lieu dans la principauté de Dombes avant l'édit du mois de septembre 1781, qui a réuni cette principauté au pays de Bresse. Mais elle y a été assujettie, ainsi qu'aux autres droits perçus en France, par l'art. 6 de cette loi. (M. Guyot.) *

[[Les droits de contrôle et les autres du même genre sont aujourd'hui remplacés par le droit d'enregistrement.]]

* DOMESTIQUE. On appelle ainsi quelqu'un qui reçoit des gages et demeure dans la maison de la personne qui le paie. Tels sont les valets, laquais, portiers, etc.

I. François I fit défense, par l'art. 38 de l'ordonnance du mois de décembre 1540, à tout particulier de prendre à son service des gens inconnus ou mal famés, à peine de répondre civilement des délits qu'ils pourraient commettre durant leur service.

Le règlement donné par le roi Charles IX, le 7 février 1567, pour la police générale du royaume, titre 17, art. 1, fait « défense à tous serviteurs de laisser leurs maîtres et maîtresses pour aller en servir d'autres, sans le gré et consentement desdits maîtres et maîtresses, ou pour quelque cause et occasion légitime et raisonnable; et pareille défense à tous particuliers de recevoir un serviteur d'une

Digitized by Google

autre maison, que préalablement ils ne se soient enquis du maître ou maîtresse s'ils lui ont donné congé, et pour quelle cause et occasion il sort hors de ladite maison, ou que le serviteur n'en ait certification par écrit, le tout sur peine de vingt livres parisis d'amende. »

L'art. 2 du même règlement fait « défense, sous les mêmes peines, à toutes personnes de suborner serviteurs ou valets étant en service pour laisser leurs maîtres ou maîtresses et venir à leur service, ou d'autres personnes. »

L'art. 3 ajoute : « Les serviteurs ou valets qui ont accoutumé de se louer à temps, à certain prix, seront tenus de fournir l'an entier s'il plaît à leurs maîtres, sinon qu'ils eussent raison ou occasion légitime de se retirer plus tôt : pareillement ceux qui seront loués pour un ouvrage à faire, ne se pourront retirer avant l'ouvrage fait, sinon au gré des maîtres ou maîtresses, ou pour occasion légitime, sur les peines que dessus. »

L'art. 4 porte que « tous serviteurs et servantes se mariant durant leur service sans gré et congé de leurs maîtres ou maîtresses, perdront leurs gages et tous bienfaits qu'ils pourraient espérer de leurs maîtres et maîtresses, lesquels seront appliqués aux pauvres des lieux. »

Ces dispositions ont été renouvelées par la déclaration du 28 juillet 1572, enregistrée au parlement de Paris le 12 août suivant, et par celle du 21 novembre 1577, enregistrée en la même cour le 2 décembre de la même année (*Recueil de Fontanon*, pag. 805 et 822 à 833); et elles ont servi de fondement à une ordonnance du lieutenant-général de police de la ville de Paris, du 16 octobre 1720, qui est ainsi conçue : « Nous, faisant droit sur le requisitoire du procureur du roi, ordonnons qu'à l'avenir, qui que ce soit, soit homme ou femme, ne pourra se mettre et entrer en service en qualité de Domestique en aucune maison de cette ville et faubourgs, sans déclarer auparavant et par écrit au maître ou à la maîtresse qui le voudra prendre, le pays ou le lieu de sa naissance, et s'il a déjà servi en cette ville et faubourgs ou non; et en cas qu'il y ait déjà servi, il sera tenu de représenter, avant d'être reçu en qualité de nouveau serviteur-Domestique, le congé, certificat ou attestation aussi par écrit du dernier maître ou maîtresse qu'il aura servi, contenant la cause, occasion, raison pour laquelle il aura été congédié; et, en conséquence, faisons très expresses inhibitions et défenses, tant à ceux qui se mettront en service, qu'à leurs cautions ou répondans, de prendre et supposer de faux noms ou qualités, de se dire d'un autre pays et d'un autre lieu que celui d'où ils sont, de dissimuler le séjour qu'ils auront fait à Paris, et les noms des maîtres qu'ils y auront servis, à peine de punition exemplaire; comme aussi faisons très expresses défenses à tous serviteurs-Domestiques de quitter le service de leurs maîtres pour aller en servir d'autres sans leur consentement, et sans avoir un acte ou un certificat par écrit, sous peine d'être punis comme vagabonds. Faisons pareillement défenses à toutes sortes de personnes de recevoir et prendre aucun serviteur, ou autre Domestique sortant d'une autre maison, sans avoir vu leurs congés par écrit, et sans s'être préalablement informés du dernier maître ou maîtresse que lesdits serviteurs ou servantes auront quitté, s'ils leur ont donné congé, et pour quelle occasion ils sont hors de leur service; et afin que la fidélité des bons serviteurs puisse être aussi d'autant mieux reconnue, ordonnons à tous maîtres et chefs de famille, avant que d'en congédier aucun, et les mettre hors de leur service, de leur donner ledit acte ou certificat, contenant le temps qu'ils les auront servis, et la cause pour laquelle ils les auront congédiés; et ce à peine de cent livres d'amende applicable à l'hôpital-général, contre lesdits maîtres et chefs de famille, en cas de refus, auxquels cas pourront, lesdits serviteurs, se retirer devant le commissaire du quartier, lequel, après s'être enquis de la cause pour laquelle le maître aura fait ledit refus, donnera audit serviteur un acte contenant ce qu'il aura pu connaître de la vérité et du sujet dudit refus; et ledit acte ainsi donné par ledit commissaire tiendra lieu de congé au Domestique à qui il en aura été refusé, et au maître chez lequel il se présentera pour entrer en condition. »

Le parlement de Normandie a aussi donné sur cette matière, le 26 juin 1722, un arrêt de règlement « qui fait défense aux Domestiques de laisser leurs maîtres ou maîtresses pour aller servir chez d'autres, sans le gré et consentement desdits maîtres ou maîtresses ou pour causes légitimes; fait pareillement défenses à toutes personnes de recevoir un serviteur sortant d'une maison, qu'elles ne se soient enquis de la cause de sa sortie, ou qu'il n'en ait certificat par écrit, le tout à peine de 300 livres d'amende, dont le dénonciateur aura le tiers; fait défenses, sous les mêmes peines, à toutes personnes de suborner serviteur ou valet étant en service, pour venir au leur on à celui d'autres personnes : ordoune en outre que les serviteurs ou valets qui ont accoutumé de se louer à temps à certains prix, seront tenus de servir l'année entière, s'il plaît à leurs maîtres, à moins qu'ils n'aient raison et occasion légitime de se retirer plus tôt; et pareillement que ceux qui se seront loués pour un ouvrage à faire, ne se pourront retirer avant l'ouvrage fait, sinon du gré de ceux qui les auront employés, ou pour occasion légitime, et sur les mêmes peines que dessus. »

II. Lorsqu'un Domestique a loué ses services pour une année, pour un mois ou pour quelqu'autre temps limité, et qu'il lui est survenu une maladie qui l'a empêché de les rendre pendant une partie un peu considérable du temps pour lequel il s'est engagé, le maître est bien fondé à lui diminuer une partie du prix convenu, à proportion du temps que la maladie a duré. Telle est la décision de la plupart des docteurs.

Cependant s'il ne s'agissait que d'une indisposition qui eût empêché un Domestique de servir son

Digitized by Google

maître pendant quelques jours d'une année, nous ne croyons pas que le maître fût fondé à diminuer pour cela le prix convenu pour les gages. La raison en est qu'il a dû en quelque manière compter sur un pareil événement, attendu qu'il est ordinaire qu'une personne ait quelque indisposition dans le cours d'une année.

[[Cette distinction est justifiée par un arrêt du parlement de Paris, du 26 mai 1556, rapporté dans les *Réponses du Droit français* de Charondas, par la doctrine de Voët, célèbre commentateur du Digeste (1), titre *Locati conducti*, n. 27, et par les lois romaines dont il l'appuie.]]

III. Si un Domestique sort de chez son maître avant l'expiration du temps convenu, le maître peut l'assigner pour le faire condamner à continuer ses services et aux dommages et intérêts que sa sortie a pu occasionner.

Il est rare dans les grandes villes qu'un maître veuille retenir à son service un Domestique qui demande son congé. La facilité que l'on a d'y trouver des Domestiques, lorsqu'on en a besoin, fait qu'on paie sans difficulté les gages de ceux qui veulent sortir, à proportion du temps qu'ils ont servi.

Mais il en est autrement dans les petites villes, et sur-tout à la campagne : il importe d'y maintenir dans toute leur force les règlemens qui assujettissent les Domestiques à remplir le temps de leur engagement.

Les dommages et intérêts dont on vient de parler, doivent se régler eu égard à ce qu'il en a coûté au maître pour se faire servir par un autre Domestique durant l'espace de temps que celui qui est sorti, aurait dû servir.

Si le Domestique vient à quitter son maître pour une cause honnête, telle que pour se marier ou pour aller assister son père ou sa mère, il n'en sera pas moins tenu des dommages et intérêts résultans de sa sortie prématurée; mais dans ce cas, on doit les estimer avec moins de rigueur que si le Domestique avait renoncé au service sans sujet ou par libertinage.

Mais lorsque les Domestiques ne quittent leur maître qu'à cause qu'ils en sont maltraités ou qu'il leur refuse les choses nécessaires à la vie, ils peuvent être admis à la preuve de ces faits; et s'ils les justifient, non seulement ils ne doivent point de dommages et intérêts à leur maître, mais celui-ci peut au contraire être condamné à leur en payer: il doit du moins être obligé à leur payer leurs gages pour le temps qui reste à courir de l'engagement qu'ils ont contracté. [[C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement d'Aix, du 23 juin 1673, rapporte par Boniface, tom. 4, liv. 10, tit. 1, chap. 23.]]

Quand ce ne sont pas les Domestiques qui ont quitté le service du maître, et que c'est au contraire le maître qui les a renvoyés avant l'expiration du temps, il faut examiner si les Domestiques ont mérité qu'il les renvoyât, ou s'ils ne l'ont pas mérité. Dans le premier cas, ils ne peuvent point exiger de gages pour le temps qui restait à courir; mais dans le second cas, le maître doit être condamné à leur payer leurs gages pour le temps entier que devait durer son service, en déduisant néanmoins, par une estimation faite au plus bas prix, ce qu'ils peuvent vraisemblablement gagner ailleurs pendant l'intervalle de temps qui reste à courir de leur engagement.

On demande si, pour éviter cette condamnation, le maître est obligé de justifier les sujets de plainte qu'il allègue contre ses Domestiques, ou si sa déclaration doit faire foi? Il paraît qu'en pareil cas, le juge doit se déterminer par les circonstances et par la qualité du maître. [[C'est l'avis de Pothier, *Traité du contrat de louage*, n. 174.]]

Au surplus, il faut observer que ce qui vient d'être dit au sujet des longes de service pour un temps déterminé, ne doit s'appliquer qu'à certains Domestiques, tels que les valets de labour, les servantes de basse-cour, etc. Quant aux Domestiques qui louent leurs services aux bourgeois des villes, ou même à la campagne aux gentilshommes pour le service de la personne du maître, et quoiqu'il y ait une somme fixée pour les gages d'une année, ces Domestiques ne sont néanmoins censés engagés que pour le temps qu'il plaît au maître de les avoir à son service. Ainsi le maître peut les renvoyer lorsqu'il le juge à propos, et sans en dire la raison, en leur payant leurs gages jusqu'au jour qu'il les renvoie.

IV. Boniface [[tom. 1, liv. 1, tit. 39, chap. 5]], rapporte un arrêt [[du parlement d'Aix, du 1er avril 1667]], qui a jugé que, quand il y a contestation entre le maître et le Domestique sur les conditions de l'engagement et le paiement des gages, le serment du maître doit faire foi, à moins qu'il n'y ait un écrit.

(1) Quòd si ob supervenientem casum fortuitum, *dit-il*, operæ præstiæ non sint, videndum utrùm casus ille contigerit ex parte ejus cui operæ præstandæ, an ex parte illius qui earumdem in se receperat præstationem. Si ex ejus latere qui operas conduxerat, dùm is forte mortuus est, integra totius temporis et operæ solvenda merces, sini medio tempore operam locator alteri elocasset. *L.* 19, §. *pen. et ult. L. qui operas* 38, *D. h. t. arg. l. ult. pr. D. ad legem Rhodiam de jactu.* Si ex parte locatoris, dùm is morte præventus vel aliter inhabilis effectus, operam promissam adimplere non potuit, non nisi pro ratâ operæ præstitæ merces est debita, si modò opera pro parte præstita utilitatem conductori attulerit, ut id in famulorum, ancillarum, mercenariorum operis plerumque fit. *Arg. l.* 9, §. 1, *L.* 19, §. 6, *h. t.* Uti et in navibus in certum tempus conductis, si onus impositum ad loca destinata pertulerint, neruinque novis onustæ mercibus perierint; quod turbæ mercatorum firmatum; *vide Resp. jurisc. Holl. part.* 4, *consil* 147.

Quin imò, si modico tantùm temporis spatio famuli aut ancillæ valetudine impediti, non per omnia operas promissas impleverint, non statim ob id deductionem ex mercede eorum facere oportet. *Arg. L.* 27, *pr. D. h. t.*; eoque pertinet illud Pauli jurisconsulti, qui agens de servo, cui libertas legata erat, *si heredi anno uno servisset*, ait, etsi quibusdam diebus aut valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit, quò minus serviat, tamen et hos anno imputandos esse. Servire enim nobis intelligi etiam hos quos ægros curamus, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur. *L.* 4. §. 5. *D. de statuliberis.*

Digitized by Google

Cette jurisprudence est aussi celle qui s'observe au châtelet de Paris, et le parlement l'a confirmée par arrêt du 14 décembre 1764. Un Domestique ayant formé une demande qui tendait à faire condamner son maître à lui restituer différens effets et à lui payer plusieurs années de gages à raison de 150 livres par an, le maître répondit qu'il ne devait rien, qu'il n'avait point les effets demandés, et qu'il avait payé les gages : il offrit en conséquence son affirmation sur ces objets. Sur cette contestation, le juge d'Ormesson condamna le maître à payer 150 livres pour une année de gages, en affirmant par le Domestique qu'elle lui était due; et le maître fut déchargé de la demande en restitution des effets, en affirmant qu'il n'en retenait aucun : mais l'arrêt cité a infirmé la sentence en ce qu'elle avait condamné le maître à payer une année de gages, et l'a déchargé de ce paiement en affirmant qu'il ne devait rien au Domestique. [[La même chose avait déjà été jugée en la même cour, le 8 août 1708; et au grand-conseil, le 1er avril 1704 (*Brillon, au mot* Gages, n. 7); et cette jurisprudence est consacrée par l'art. 1781 du Code Napoléon.]]

V. Il convient que le maître reprenne ses Domestiques, lorsqu'ils s'écartent de leur devoir, mais il ne doit point les maltraiter. Si les Domestiques commettent quelque délit considérable, soit envers leurs maîtres, soit envers d'autres personnes, c'est à la justice à les punir.

D'un autre côté, les Domestiques sont obligés d'honorer et de respecter le maître qu'ils servent. S'ils s'oublient jusqu'à lui faire une injure, on les punit plus sévèrement qu'on ne punirait en cas pareil un homme indépendant d'un autre.

C'est ainsi que, par arrêt du 9 septembre 1722, rapporté dans le *Traité de la police des villes*, Pierre Cressel, valet de chambre, convaincu d'avoir proféré des paroles injurieuses et calomnieuses contre l'honneur et la réputation d'une dame au service de laquelle il était, a été condamné à être attaché au carcan, à la croix ronge, ayant écriteau devant et derrière portant ces mots, *valet de chambre insolent*, à 10 livres d'amende et à un bannissement de trois ans.

Par un autre arrêt du 14 août 1751, confirmatif d'une sentence du châtelet, un Domestique a pareillement été condamné au carcan et au bannissement, pour avoir été insolent envers son maître.

[[On ne pourrait plus juger de même aujourd'hui. Les injures et les excès commis par un Domestique envers son maître, ne peuvent être punis que de peines de simple police correctionnelle. *V.* le dernier article du Code pénal, du 25 septembre 1791; la loi du 22 juillet précédent, tit. 2, art. 13 et 14; et le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, art. 605.]]

Par un autre art., du 30 janvier 1694, rapporté au journal des audiences, il a été jugé qu'un valet de charretier qui avait abusé de la fille de son maître, quoique majeure, et quoiqu'elle assurât qu'elle l'en avait prié et qu'elle voulait l'épouser, devait être poursuivi extraordinairement.

Par un autre arrêt, du 27 juin 1698, Pierre Cochois, Domestique, convaincu d'avoir abusé de la fille de son maître, de l'avoir emmenée hors de la maison paternelle, et d'avoir en part à l'enlèvement des effets qu'elle avait emportés à son père, a été condamné à être pendu. [[Aujourd'hui, ni la séduction ni l'enlèvement d'une fille, même mineure, ne sont qualifiés de délits; et si l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt du 27 juin 1698, se représentait encore, le Domestique ne pourrait être puni que comme voleur, en supposant qu'il se fût approprié les effets à l'enlèvement desquels il eût assisté la fille. *V. Vol, Fornication* et *Adultère.*]]

On condamne les Domestiques qui tuent leurs maîtres, à avoir le poing coupé et à être rompus vifs. [[Mais *V. Décapitation.*

Sur le vol domestique, *V. Vol.*

VI. Les Domestiques peuvent-ils être témoins dans les actes et en justice? *V. Témoin.*]]

VII. Les maîtres sont responsables civilement des délits de leurs domestiques, c'est-à-dire, des dommages et intérêts qui peuvent en résulter; ce qu'il ne faut pourtant entendre que des délits commis dans les lieux et fonctions où leurs maîtres les ont employés. [[*Code Napoléon, art.* 1384. *V. Délit,* §. 8; et *Incendie,* §. 2.]]

VIII. Les Domestiques sont capables de recevoir des donations entre-vifs et à cause de mort de leur maître, à moins que la libéralité ne soit exorbitante, on qu'elle ne paraisse être un effet de l'obsession et de la séduction. (M. Guyot.)

* En pareil cas, les Domestiques sont mis au nombre des personnes prohibées par l'art. 131 de l'ordonnance de François Ier de 1539, et la déclaration de François II de l'an 1549, qui prohibe même l'interposition des personnes, interposition que la cupidité avait imaginée pour éluder l'effet de l'ordonnance de 1539.

La jurisprudence des tribunaux est conforme à ces lois; on peut même citer quatre arrêts peu anciens du parlement de Paris.

Le sieur Massanet, officier aux gardes, avait fait son légataire universel son valet de chambre, nommé Mathieu; les collatéraux attaquèrent le testament, qui fut infirmé le 13 août 1713; et le legs universel d'une succession très considérable fut réduit à trois cents livres, par forme de récompense de service.

Le sieur Potier, commissaire de l'extraordinaire des guerres, avait fait, à quatre-vingt-quatre ans, son testament olographe; il y nommait sa légataire universelle Louise Barty, sa Domestique, qu'il qualifiait sa gouvernante; il en faisait l'éloge, déclarant que le legs avait pour objet de la récompenser des soins qu'elle avait pris de sa femme et de lui pendant trente ans, et de ceux qu'elle continuerait de lui rendre jusqu'à son décès. La succession ne montait au plus qu'à 20,000 livres. Cependant, par arrêt du 22 avril 1766, le legs a été réduit à 6,000 livres, non compris une rente viagère de 200 livres, dont Louise Barty avait été déjà précédemment avantagée.

La comtesse de Bourbon-Busset avait laissé, par

Digitized by Google

son testament, à Duclos, son intendant, tous ses meubles, sa vaisselle, ses bijoux, ses chevaux, et généralement tout ce qui se trouverait dans l'hôtel à sa mort, et en outre 3,000 livres de pension viagère; le châtelet lui avait adjugé le legs universel, en réduisant néanmoins la pension viagère de 3,000 livres à moitié; sur l'appel le legs fut annullé, et la pension modérée à 600 livres; par arrêt du 30 août 1770.

La dame de Châteauneuf avait trouvé dans la maison de sa mère, et retiré auprès d'elle en qualité de femme de chambre, une de ces Domestiques adroites qui s'attachent par préférence à un maître riche, sans enfans et vieux, en étudient le caractère, et, à force d'en flatter les passions, acquièrent le droit de le dominer: telle était Marie-Magdelaine Mercier, qui ne tarda point à recueillir les fruits de son empire sur sa maîtresse. Elle commença par se faire donner, sous la forme d'un contrat de vente simulée, une portion de maison; cinq semaines après, une de ses nièces accepta une donation de la dame de Châteauneuf de 10,000 livres, avec réserve d'usufruit; le lendemain, ce fut le tour d'un frère de la rusée femme de chambre; ce frère fut gratifié de 8,000, avec pareille réserve; deux amis de la Mercier eurent aussi de semblables dons, l'un de 6,000 livres, et l'autre de 8,000 livres; elle-même comparut de nouveau chez un notaire, où une donation consistant en rentes, en immeubles, en un fief considérable, la rendit propriétaire d'objets de la valeur de 70,000 liv. Tant de libéralités n'assouvirent pas l'avidité de l'insatiable Mercier; elle exigea un mois après un testament, pour s'assurer les habits, linge, meubles meublans et tout ce qui se trouverait au décès de sa maîtresse dans son antichambre, sa chambre et son cabinet. Munie de ces titres, elle s'occupa des moyens de les rendre stables sur sa tête et celle de ses parens et amis; et, pour cela, elle imagina de faire distribuer le surplus des biens de la dame de Châteauneuf en œuvres pies: en conséquence, donation de 10,000 liv. aux frères des écoles chrétiennes, d'une charge de commissaire aux saisies réelles à l'hôpital de l'Amiens, toujours l'usufruit réservé; puis, dans un testament, legs de 3,000 livres à des capucins pour mille messes, 10,000 liv. à des religieuses, 2,000 livres à l'apothicairerie d'une autre maison de filles, 34,000 liv. aux pauvres de plusieurs paroisses; enfin ces pauvres sont nommés légataires universels d'environ 500,000 livres. Les sieur et dame Morgan, héritiers de la dame de Châteaunenf, s'étant pourvus contre ces actes aussi frauduleux que préjudiciables à leurs intérêts, obtinrent sentence au baillage d'Amiens, qui confirma la vente de la portion de maison, les legs particuliers de la Mercier, de la veuve Vignier et du sieur Allavoine, de même que les legs pieux particuliers, mais qui annulla le legs universel des pauvres et les donations consenties à la Mercier, à son frère et à sa nièce, lesquelles furent converties en des rentes viagères: sur les appels respectifs, la disposition de la sentence ne fut infirmée qu'à l'égard de la vente de la portion de maison, qui fut aussi déclarée nulle. (M. Corail de Sainte-Foy.) *

[[Aujourd'hui, d'après l'art. 902 du Code Napoléon, les Domestiques sont capables de recevoir de leurs maîtres, sauf le cas de suggestion. *V. Suggestion* et *Ab irato*, sect. 7.]]

* IX. Un maître ayant fait des libéralités à ses Domestiques en général, sans en désigner aucun en particulier, il s'est élevé une contestation sur la question de savoir si un prêtre, bibliothécaire du testateur à trois cents livres de gages, devait être mis au nombre des Domestiques de la maison, et en cette qualité prendre part au legs fait aux Domestiques en général. Le parlement de Paris a jugé, par arrêt du 12 mai 1739, que le bibliothécaire devait participer à ce legs.

M. le duc de Tallard, qui ne nourrissait plus ses domestiques lors de son décès, et qui leur payait à chacun une certaine somme pour toute chose, ayant par son testament légué à plusieurs d'entre eux trois années de leurs gages, tous les légataires, excepté un laquais, reçurent leurs legs, en faisant, sur ce qui leur était payé annuellement du vivant de leur maître, une déduction de vingt sous par jour pour la nourriture. Le laquais, qui refusa de recevoir sur ce pied, demandait que la marquise de Sassenage, héritière du duc de Tallard, lui payât trois années pleines de ce qu'il recevait de son maître, sans aucune déduction pour sa nourriture; il prétendait que tout ce qui lui était payé par son maître, lorsqu'il vivait devait être considéré comme gages; et il citait un arrêt rendu le 18 janvier 1753 en pareil cas en faveur du suisse de la comtesse de Maulevrier, qui recevait aussi trente sous pour gages et nourriture, et auquel sa maîtresse avait légué une année de ses gages une fois payée. On répondait que l'exemple du suisse ne recevait pas d'application à l'espèce, parceque la plupart des suisses ne sont pas nourris, au lieu que tous les laquais le sont, et que lorsqu'ils ne le sont pas, leur nourriture leur est payée en argent; qu'ainsi c'était le cas de défalquer la nourriture sur ce que lui payait son maître. Le parlement a adopté ces raisons et a jugé en conformité par arrêt rendu le 13 décembre 1757.

X. Un maître peut aussi recevoir des libéralités de ses Domestiques, pourvu qu'elles ne paraissent point avoir été extorquées en vertu de l'autorité qu'il avait sur eux, et que par les circonstances, il n'y ait aucun soupçon de suggestion.

XI. Les Domestiques doivent former leur demande pour leurs gages dans l'année, à compter du jour qu'ils sont sortis de service. Si leur maître est décédé, et qu'il se trouve un registre de recette et dépense, ils peuvent demander trois années de leurs gages, suivant l'ordonnance de 1510; mais s'il n'y a point de registre, ils ne peuvent demander qu'une année, pour laquelle ils sont privilégiés sur les meubles. (*V. Prescription*, sect. 2.)

[[Le sieur de Labal avait, par contrat de mariage, donné tous ses biens à son épouse; en mourant, il fit un testament olographe, par lequel il légua à la femme Lalen, sa domestique, une somme de 10,000 livres, en considération de ses soins et de

Digitized by Google

sa fidélité, mais à condition toutefois qu'elle serait encore à son service au jour de son décès. Après la mort du sieur de Labal, la femme Laleu fit mettre les scellés, et se fit gardienne. La veuve Labal fit valoir ses droits. La femme Laleu, de son côté, fit une saisie-arrêt sur les biens de la succession; mais ensuite, convaincue que son legs ne pouvait se soutenir à cause de la donation portée au contrat de mariage du sieur Labal, elle s'en désista, et se borna à répeter, 1° douze années de gages, dont le legs que lui avait fait le testateur servait, suivant elle, de reconnaissance; 2° des frais de garde; 3° enfin différentes sommes dont elle se disait créancière, pour avances faites pour le ménage et dans la dernière maladie du sieur Labal. Par arrêt du 22 janvier 1781, le parlement de Paris a seulement adjugé une année de gages à la femme Laleu, a fixé à 20 sous par jour les frais de garde, et a restreint à la dernière maladie du sieur Labal, les déboursés qu'elle réclamait.

L'art. 2272 du Code Napoléon porte que « l'action de Domestiques qui se louent à l'année, pour le paiement de leur salaire, se prescrit par un an. »

Les art. 2101 et 2104 du même Code déclarent les Domestiques privilégiés sur les meubles et sur les immeubles, pour le salaire de l'année échue et pour ce qui est dû sur l'année courante.]]

XII. Par un arrêt de règlement, du 28 août 1737, le parlement de Paris a fait défenses aux Domestiques préposés à la garde des portes des particuliers, d'exiger ni recevoir aucune somme pour les significations qui leur seraient laissées.

Le parlement de Toulouse a aussi rendu un arrêt, le 13 juillet 1739, par lequel il a fait défenses aux suisses des portes, portiers, laquais et autres Domestiques des officiers de la cour, d'exiger de l'argent ou des présens des parties et de tout récipiendaire, directement ni indirectement, quand même ils leur seraient offerts volontairement, pour parler aux rapporteurs ou aux juges, à peine d'être mis en prison et aux fers pendant quinzaine pour la première fois, et du fouet en cas de récidive.

XIII. Il est défendu aux suisses, portiers et autres Domestiques des maisons et hôtels, de vendre et débiter aucune boisson, soit à pot, soit à assiette, à peine de confiscation des boissons et d'une amende de 500 livres, au paiement de laquelle ils peuvent être contraints par corps. Les condamnations doivent être prononcées, soit sur les procès-verbaux des commis du fermier qui se sont transportés dans les hôtels ou maisons, assistés d'un officier de l'élection, soit sur la preuve qu'il est permis au fermier de faire des fraudes par deux témoins d'un même fait, ou par quatre témoins de faits différens. Il est enjoint aux maitres des hôtels ou maisons de souffrir les visites des commis, et de tenir la main à ce que leurs suisses, portiers et autres Domestiques ne vendent ni ne débitent chez eux aucune boisson. Dans le cas d'une seconde contravention commise par les Domestiques d'une même maison, les maitres sont déclarés responsables en leur propre et privé nom des condamnations encourues par leurs Domestiques, et les uns ni les autres ne peuvent être reçus à interjeter appel qu'au préalable, ils n'aient consigné le montant de ces condamnations. C'est ce qui résulte de différentes lois, particulièrement des lettres patentes du 24 janvier 1719, enregistrées à la cour des aides de Paris le 7 juillet suivant, et des arrêts du conseil des 24 janvier 1705, 17 décembre 1718, 14 juillet 1721, 2 février 1723, 15 mars et 3 mai 1735.

[[*V.* le décret impérial du 5 mai 1806, art. 29.]]

XIV. Par ordonnance du roi, du 4 novembre 1776, il a été fait défense, sous peine de 500 livres d'amende, à toutes sortes de particuliers de faire porter la livrée de sa majesté à leurs Domestiques, à moins qu'ils n'en aient le droit par leurs charges ou par une concession particulière.

Par une ordonnance du roi, du 22 novembre 1781, confirmative d'une autre du 13 juin 1779, « Sa majesté fait défenses aux Domestiques connus sous les dénominations de *chasseurs*, *heiduques*, aux *nègres*, et à tous autres serviteurs gens de livrée, de porter, sous quelque prétexte que ce soit, aucunes armes, épées, couteaux de chasse, sabres, cannes, bâtons ou baguettes, à peine d'être emprisonnés sur-le-champ, poursuivis extraordinairement et punis corporellement, suivant la rigueur des ordonnances: leur defend pareillement sa majesté, sous peine de prison, de porter des épaulettes; et à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, de faire porter lesdites armes et épaulettes par leurs Domestiques, à peine de désobéissance, et d'être civilement responsables des délits qui seront par eux commis. »

Une troisième ordonnance, du 7 juillet 1782, a confirmé les dispositions des précédentes; et y a ajouté que le secrétaire d'état ayant le département de Paris, rendrait compte directement au roi des noms et qualités des personnes dont les Domestiques seraient trouvés en contravention à ces dispositions, pour y être par sa majesté pourvu sur-le-champ. *V. Armes.* §. 2. (M. Guyot.) *

[[XV. Le Domestique qui commet un délit, par l'ordre de son maître, doit-il être puni comme s'il l'eût commis de son propre mouvement? *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 18 août 1807, rapportés à l'article *Escroquerie*, n° 13.]]

* DOMICILE. C'est, [[dans l'acception la plus commune]], le lieu où quelqu'un fait sa demeure, où il a fixé son établissement, et où est le siège de sa fortune. [[Mais cette définition ne s'applique exactement qu'au *Domicile civil;* et l'on va voir qu'elle manquerait souvent de justesse, si on l'appliquait au *Domicile politique.*

§. I. *Du Domicile politique.*

Le Domicile politique est celui où l'on exerce ses droits de citoyen, c'est-à-dire, où l'on est inscrit sur le *registre civique*, lequel contient la liste de toutes les personnes habiles à voter et à être élues dans les assemblées de canton.

Digitized by Google

Voici ce que porte là-dessus le décret impérial du 17 janvier 1806 :

« *Art.* 3. Le Domicile (politique) est celui qu'exigent, pour l'exercice des droits politiques, les actes des constitutions de l'Empire, des 22 frimaire an 8 (art. 2 et 6), du 16 thermidor an 10 (art. 4, 16, 18, 19, 27, 28, 30 et 32), du 28 floréal an 12 (art. 43, 50 et 99). — Conformément aux dispositions des art. 7 et 102 du Code civil, il est indépendant du Domicile civil; il ne se transfère d'une commune à une autre, qu'en vertu de déclarations formelles.

« 4. Seront considérés comme ayant acquis le Domicile, et inscrits comme tels sur le registre civique, 1° ceux qui auront résidé pendant un an dans une des communes de l'arrondissement; 2° ceux qui, étant inscrits sur la liste des 600 plus imposés du département, auront fait, dans une des municipalités de l'arrondissement, une déclaration du choix qu'ils en font pour leur Domicile; 3° ceux qui, ayant été appelés par nous à des fonctions qui exigent un Domicile politique dans un arrondissement, auront fait pareille déclaration à la municipalité d'une des communes de cet arrondissement; 4° les membres du sénat, du conseil d'état, du corps législatif, du tribunat et de la cour de cassation, les commissaires de la comptabilité, qui quoique résidans ailleurs, auront déclaré vouloir exercer leurs droits politiques dans une municipalité qu'ils auront désignée; et les membres de la légion d'honneur qui, en vertu de l'art. 99 de l'acte des constitutions de l'Empire, du 28 floréal an 12, seront désignés par brevet du grand-electeur pour un collège electoral, et auront fait choix de Domicile dans une des communes de l'arrondissement.

« 5. L'exercice des droits politiques dans une commune, ne cesse, pour les personnes désignées au §. 1er de l'art. 4 du présent décret, qu'un an après qu'elles ont déclaré vouloir le transferer dans une autre commune; pour les personnes désignées aux paragraphes suivans du même article, il cesse au moment de la déclaration qu'elles en font; et pour les membres de la légion d'honneur, par un nouveau brevet du grand-électeur, et une nouvelle déclaration portant choix de Domicile dans une commune. » *V.* au surplus le plaidoyer du 7 prairial an 13, rapporté à l'article *Déclinatoire*, §. 1.

§. II. *Du Domicile civil. — Notions générales sur cette matière.*

Suivant l'article 102 du Code Napoléon « le Domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est le lieu où il a son principal établissement. »

Les lois romaines en donnent la même idée. *In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, undè rursùs non sit discessurus, si nihil avocet; undè cùm profectus est, peregrinari videtur; quod si redìit, peregrinari jam destitit.* Ce sont les termes de la loi 7, C. *de Incolis.* — La loi 27, D. *ad municipalem*, dit encore que celui-là est censé domicilié dans une ville, qui en fait le centre de ses affaires, qui y passe tous ses contrats, qui y fréquente la place publique, les bains, les spectacles, qui y célèbre les fêtes, qui y exerce tous les droits de bourgeoisie, sans participer aux avantages personnels des habitans de la campagne où la culture de ses terres l'appelle de temps en temps. *Si quis negotia sua, non colonid, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, et in foro, balneo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur: ibi magis habere domicilium, quàm ubi colendi causâ diversatur.*

Le Domicile n'est cependant pas toujours facile à déterminer, parceque nombre de personnes ayant plusieurs établissemens à la fois, passent six mois dans un endroit, six mois dans un autre; reviennent au premier, retournent au second, sans marquer quel est dans le fait le Domicile qu'elles affectent par préférence. [[*V.* le plaidoyer du 7 prairial an 13, cité dans le §. précédent.]]

Dans le doute, le Domicile d'origine est celui qui obtient la préférence; car pendant qu'on paraît encore attaché au premier endroit que l'on a habité, il est à présumer que le vrai domicile y est toujours fixé.

[[C'est ce qui a été jugé notamment dans l'espèce suivante. — Le 15 floréal an 10, le général Destaing, né à Aurillac, et domicilié en cette ville jusqu'au moment de son départ pour l'armée en 1793, meurt à Paris. La dame Naso, se disant sa veuve et réclamant sa succession en vertu d'un testament, fait assigner le sieur Destaing, son père, domicilié à Aurillac, devant le tribunal de première instance du département de la Seine, pour se voir condamner à lui faire délivrance du legs universel qu'elle soutient lui avoir été fait par le défunt. Le sieur Destaing excipe du Domicile du défunt à Aurillac, et demande son renvoi devant le tribunal de première instance de cette ville. Le 4 messidor an 12, jugement qui rejette son déclinatoire, « attendu qu'en principe, le changement de Domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, jointe à l'intention d'y fixer son principal établissement; que feu Destaing n'habitait plus Aurillac depuis environ quinze ans; que lors de son décès, il résidait à Paris depuis plusieurs mois, et qu'il avait manifesté plusieurs fois l'intention de s'y fixer et d'y faire à cet effet l'acquisition d'une maison. » — Le sieur Destaing père demande, par la voie du règlement de juges, la cassation de ce jugement. — Par arrêt du 11 vendémiaire an 13, au rapport de M. Pajon, « attendu qu'en principe, le Domicile d'origine se conserve tant que la volonté de le remplacer par un autre, n'est pas indiquée d'une manière expresse et positive; — qu'il est prouvé que le général Destaing n'avait quitté la commune d'Aurillac, lieu de sa naissance, où il exerçait alors la profession du

Digitized by Google

barreau, que pour se rendre à l'armée d'Orient, et qu'en conséquence il avait été inscrit en l'an 9, comme notable domicilié de ladite commune, sur la liste départementale du Cantal; que les actes produits par la dame Naso, sa veuve, énoncés aux motifs du jugement du 4 messidor, ne sont ni concluans, ni même justifiés d'une manière légale et suffisante; d'où il suit que la succession dudit général Destaing doit être censée ouverte à Aurillac; la cour, sans s'arrêter ni avoir égard au jugement du tribunal de première instance de la Seine....., renvoie la cause et les parties devant le tribunal d'arrondissement d'Aurillac. »

V. encore les arrêts rapportés ci-après, §. 6.]]

Au reste, il faut que deux choses concourent pour déterminer le changement de Domicile, savoir, le fait et la volonté. La demeure de fait dans un endroit, sans la volonté ou l'intention de s'y fixer, ne suffit pas pour établir un Domicile; le véritable est celui qu'on avait auparavant. De même, la volonté d'aller habiter un autre endroit, ne change pas non plus le Domicile; il faut, avec cette volonté, une nouvelle demeure réelle et de fait; mais dès que la volonté est marquée, la nouvelle demeure, [[ne fût-elle que d'un seul jour]], établit le changement de Domicile: c'est ce que fait très-bien remarquer d'Argentree sur l'art. 449 de la coutume de Bretagne.

[[C'est d'ailleurs ce que décident expressément les lois 4 et 20 D. *ad municipalem*, et l'art. 103 du Code Napoléon.

Mais comment prouver l'intention en cette matière? Le Code cite répond, art. 104, que « la preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse faite tant à la municipalité du lieu que l'on quittera, qu'à celle du lieu où l'on aura transféré son Domicile. »

L'art. 105 ajoute: « A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances. » Ceci s'éclaircira par les développemens dans lesquels on va entrer.]]

§. III. *Du Domicile des fonctionnaires publics.*

I. Les ambassadeurs, les commissaires départis dans les généralités [[aujourd'hui les préfets des départemens]], et tous ceux qui se transportent hors de leur Domicile pour remplir des fonctions dont il y a lieu de croire qu'ils seront déchargés après un certain temps, ne sont point censés avoir renoncé à leur ancien Domicile. — [[C'est la disposition expresse du Code Napoléon, art. 106. *V. Ministre public.*]]

II. Il en est de même des gouverneurs, lieutenans de roi et autres officiers des états-majors des provinces et places du royaume: il est décidé, par une déclaration du 9 avril 1707, que nonobstant leur résidence souvent continuelle dans le lieu de leur département, leur succession doit se régler suivant le Domicile qu'ils avaient auparavant.

Une autre déclaration, du 7 décembre 1712, s'explique de même pour les officiers du régiment des gardes françaises. C'est ce que fait une troisième déclaration, du 3 février 1731, qui comprend tous les officiers militaires qui ont des départemens fixes dans les provinces et places du royaume, au nombre desquels sont les directeurs des fortifications, les ingénieurs, etc.

III. Ceux qui possèdent des offices de judicature exigeant résidence dans les lieux où les fonctions doivent s'en exercer, sont censés y avoir leur vrai Domicile. Mais quand ces offices ne s'exercent que par semestre, quoique la présomption de la demeure principale de l'officier soit pour le lieu où la jurisdiction tient son siège, néanmoins on est admis à prouver que son vrai Domicile était ailleurs. On peut voir à ce sujet les arrêts cités par Lacombe et par Brodeau.

[[Il n'y a plus d'officier sémestrier; et l'art. 107 du Code Napoléon dit indistinctement que « l'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du Domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions. »]]

IV. La seule qualité de duc et pair ne donne point de Domicile à Paris, lien reconnu pour être celui de la demeure du roi. On regarde cette qualité de duc et pair comme une qualité attachée aux duchés-pairies que l'on possède. Elle n'exige point une résidence habituelle auprès de sa majesté. C'est ce qui a été décidé au sujet de la succession de M. le prince de Guemené, duc et pair de France, par un arrêt du 6 septembre 1670, rapporté au journal du palais: il s'agissait de savoir si ce seigneur avait son dernier Domicile à Paris ou dans sa terre du Verger en Anjou. — [[Il n'y a plus de duchés-pairies.]]

V. Les charges chez le roi qui exigent un service continuel, font présumer que le Domicile de ceux qui en sont pourvus, est à Paris, à moins qu'on ne prouve que par dispense on par tolérance, on leur a permis de le choisir ailleurs. — [[Cela est vrai pour les grands dignitaires de l'empire et les grands officiers de la couronne qui sont conférés à vie; mais il en est autrement à l'égard des officiers de la maison de l'Empereur, qui sont révocables. *V.* les art. 106 et 107 du Code Napoléon.]]

A l'égard de ceux qui ne servent que par semestre ou par quartier, ils sont censés n'avoir point changé de Domicile, à moins que le contraire ne soit établi par l'intention et par le fait.

VI. Le vrai Domicile d'un évêque est dans le chef-lieu de son diocèse, quand même il passerait une grande partie de l'année à Paris ou ailleurs. [[C'est ce qui a été jugé par rapport à M. de Lessevilles, évêque de Coutances, par un arrêt du parlement de Paris du 8 mars 1687, rapporté au journal des audiences, à l'ordre de la date.]] — Il a même été décidé, par un jugement arbitral, que la succession de M. de Coislin, évêque de Metz, s'était ouverte dans son diocèse, quoique ce prélat fût en même temps premier aumônier du roi.

L'évêque de Luçon, avant sa mort à Paris, avait fait un testament qui privait ses héritiers de tout son mobilier; mais, sur la réclamation de ceux-ci fondés sur la coutume de Poitou, le roi leur accorda une

Digitized by Google

distraction des deux tiers par un arrêt de son conseil privé du 23 juillet 1742.

Il en est de même d'un curé et de tout autre bénéficier obligé à résidence : son vrai Domicile est dans le lieu de la situation de son bénéfice. La chose a été ainsi jugée par un arrêt du 5 février 1743, au sujet de la succession du l'abbé Dubos, chanoine de Beauvais et secrétaire perpétuel de l'académie française, quoique ses travaux littéraires et des négociations dont il était chargé par le gouvernement, le retinssent à Paris la plupart du temps : son vrai Domicile a néanmoins été jugé être à Beauvais; en conséquence, sa succession mobilière a été réglée suivant la coutume de cette ville.

VII. Ceux qui sont employés dans les fermes, dans les domaines, les aides, les gabelles, les vingtièmes, etc. ne sont pas non plus présumés avoir changé de Domicile à raison de la nouvelle résidence qu'ils sont obligés de faire dans les lieux où se fait l'exercice de leur emploi, à moins qu'il ne paraisse qu'avec le fait, il y a eu intention de leur part de se fixer dans le lieu de cette résidence, même après la cessation ou la révocation de leur emploi. C'est ce qui a été particulièrement jugé au sujet de la succession d'un contrôlenr des traites à Guise, par un arrêt du 16 février 1710, rendu au parlement de Paris en la 4e chambre des enquêtes, sur partage d'opinions en la grand'chambre. Il s'agissait d'une donation qu'avait faite ce contrôlenr, et de la question de savoir si cette donation avait dû être insinuée au siège royal le plus prochain de la résidence de fait du donateur, ou si elle avait dû l'être à Paris, où il avait son Domicile d'origine. Cet arrêt, qu'on a regardé comme important et qui a été imprimé, sert à prouver qu'en fait de donation, lorsque le donataire a deux Domiciles, l'un d'emploi et l'autre d'origine, l'insinuation de la libéralité n'est pas nécessaire dans les deux Domiciles à la fois, et qu'il suffit de la faire dans le Domicile d'origine quand il ne paraît point que le donateur y a renoncé : car s'il paraissait l'avoir entièrement abandonné, on jugerait alors différemment, comme cela est arrivé au même parlement, le 2 septembre 1762, au sujet de la succession du sieur de Vercourt, directeur du vingtième à Monlins. Ce directeur s'était dit, par plusieurs actes, *demeurant à Moulins;* il avait loué une maison pour neuf ans, il y avait fait des embellissemens, il avait écrit à ses amis de manière à leur donner à penser qu'il se regardait comme fixé pour la vie dans cet endroit. On se détermina par-là à croire qu'il avait renoncé à son Domicile d'origine.

En général, à défaut de renonciation expresse ou implicite au premier Domicile, ce Domicile se conserve quand même on aurait fait la plus longue résidence ailleurs. C'est ce qui a été encore jugé au parlement de Paris, le 8 juin 1742, au sujet de la succession du sieur Garengeau, décédé à Saint-Malo. Il avait demeuré 64 ans dans l'exercice d'un emploi de directeur des fortifications de Bretagne; et l'on voulait en conséquence que sa succession se réglât suivant la coutume de cette province. Mais parce-qu'il était né à Paris, et que rien n'annonçait qu'il eût renoncé à son premier Domicile, il fut décidé que sa succession se réglerait suivant la coutume de Paris.

[[§. IV. *Du Domicile des étudians, des domestiques, des prisonniers, des condamnés aux fers, des exilés, des déportés.*]]

I. Ceux qui s'absentent pour des études ou pour des affaires particulières, sont toujours présumés conserver un esprit de retour dans leur patrie; [[et conséquemment ils ne perdent pas le Domicile qu'ils y avaient avant de s'absenter. *Nec ipsi qui studiorum causâ aliquo loco morantur, Domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint, secundùm epistolam divi Adriani; nec pater qui propter filium studentem frequentiùs ad eum commeat.* Loi 2, C. *de Incolis.*]]

II. Ceux qui sont employés chez des seigneurs en qualité de gens d'affaires ou d'intendans, sont-ils censés avoir fait choix de Domicile auprès des seigneurs chez lesquels ils demeurent? La négative a été adoptée par un arrêt du 13 août 1763, au sujet de la succession du sieur Nicolas Sautereau, qui avait été employé comme intendant du marquis de Bonnelles depuis 1724 jusqu'en 1760, époque de son décès : il était nourri et logé chez son maître, il était à ses gages et subordonné à ses volontés. Cinq avocats décidèrent, par une sentence arbitrale, qu'il avait conservé son Domicile d'origine, lequel était dans la coutume de Bourgogne; et l'arrêt que nous venons de citer, confirma cette sentence.

Mais doit-on dire la même chose d'un laquais, d'un domestique ordinaire? Nous pensons que les raisons sont les mêmes. Il est vrai qu'une sentence contradictoire du châtelet, du 6 mai 1768, a jugé différemment au sujet de la succession d'un domestique décédé chez un fermier général où il avait demeuré 20 ans, et que cette sentence a été exécutée sans appel. Mais il faut qu'il y ait eu des particularités très puissantes pour déterminer une pareille sentence; car nous ne voyons pas qu'il y ait plus de différence à faire en ce cas entre un laquais et un homme d'affaires, qu'on n'en fait entre un intendant dans une généralité et un simple employé dans les gabelles.

[[Nou sans doute, il n'y a entre l'un et l'autre aucune différence; mais, en les assimilant l'un à l'autre, le Code Napoléon décide textuellement, art. 109, que « les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, ont le même Domicile que la personne qu'ils servent, ou chez laquelle ils travaillent, *lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison.* » Et comme le disait M. Mouricault, tribun, à la séance du corps législatif, du 18 ventôse an 11, « c'est en effet dans ce lieu que doit être présumé placé l'établissement principal de l'individu que son service ou son travail y retient, de l'individu dont ce service ou ce travail journa-

Digitized by Google

lier forme le moyen d'existence et constitue l'état. »]]

III. A l'égard de ceux qui sont détenus prisonniers ou relegnés par ordre du roi, il est sensible qu'ils ne perdent point leur premier Domicile, quelque temps qu'ait duré leur détention ou leur exil.

[[La loi 22, §. 3, D. *ad municipalem*, dit cependant que le relégué a nécessairement son Domicile dans le lieu de son exil : *relegatus in eo loco in quem relegatus est, interim necessarium Domicilium habet.*

Mais la loi 27, §. 3, du même titre, dit aussi qu'il peut conserver son ancien Domicile : *Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci undè arcetus, ut Marcellus scribit.*

Et de la combinaison de ces deux lois, il semble résulter que les exilés et les condamnés aux fers ont deux Domiciles, celui de leur résidence actuelle, et celui qu'ils avaient avant leur exil ou condamnation. «Mais (dit le président Bouhier, ch. 22, n. 207), quoique cela puisse être vrai en un sens, cependant, comme l'observe l'auteur du Journal du Palais, s'il s'agissait des effets civils de la succession de telle personne, on ne considérerait que le Domicile qu'elles avaient lorsqu'elles ont été condamnées; car l'autre Domicile n'est qu'occasionnel et involontaire. »

IV. Que doit-on décider à l'égard des déportés? Il faut distinguer entre les déportés par jugement et les déportés par mesure politique.

Les premiers étant fixés pour leur vie dans le lien de leur déportation, et ne pouvant avoir aucun esprit de retour, il est clair qu'ils ne peuvent pas conserver leur ancien Domicile, et qu'ils ne peuvent être domiciliés que dans le lieu où ils sont déportés. (*V. Déportation.*)

Les seconds ne diffèrent en rien des relégués dont il est question dans les lois citées plus haut. On doit donc leur appliquer ce que nous venons de dire de ceux-ci d'après M. Bonhier. Et c'est effectivement ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le 19 fructidor an 5, loi qui ordonne la déportation de M. Donmerc, membre du corps législatif, domicilié à Montauban, et de plusieurs autres. M. Doumerc se cache et n'est point déporté. Le 22 messidor an 6, son épouse quitte Montauban, après avoir fait à la municipalité de cette ville une déclaration de changement de Domicile, et fixe sa demeure à Stains, près Saint-Denis. — Le 28 nivôse an 7, arrêté du directoire exécutif, qui, en exécution d'une loi du 19 brumaire an 7, ordonne à tous ceux qui ont été frappés de déportation, par la loi du 19 fructidor an 5, de se rendre dans un certain délai à l'île d'Oléron, sous peine d'être inscrits sur la liste des émigrés. — M. Doumerc obéit à cet arrêté; et, en conséquence, le 4 germinal suivant, le séquestre qui avait été apposé sur ses biens, est levé. — Le 14 floréal de la même année, la veuve Douault lui fait donner une assignation à son dernier Domicile connu, à Montauban, et l'assigne devant le tribunal de la même ville. — Le 7 ventôse an 9, jugement qui déclare l'assignation nulle, attendu, 1°. que le lieu de la relégation était le seul Domicile du citoyen relégué; que M. Doumerc, depuis la loi du 19 fructidor an 5, n'avait point eu d'autre domicile que l'île d'Oléron; 2°. que le Domicile de droit avait été légalement changé, tant pour le mari que pour la femme, par la notification juridique que celle-ci avait fait faire de ce changement à la commune de Montauban, le 22 messidor an 6. — La veuve Douault appelle de ce jugement; et, par arrêt du 29 messidor suivant, la cour d'Agen le réforme, « attendu que le déporté, *même à perpétuité*, conserve son Domicile de droit et son Domicile de fait dans le lieu où il demeurait avant la déportation; que la notification faite par la dame Doumerc, le 22 messidor an 6, n'a pu changer le Domicile du mari, ni même le sien propre, parce qu'une femme en puissance de mari ne peut avoir d'autre Domicile que celui de son mari.» — M. Doumerc se pourvoit en cassation, et invoque la loi 22, §. 3, D. *ad municipalem*. — Mais le 6 frimaire an 11, au rapport de M. Pajon, arrêt contradictoire, qui, — « Attendu que la loi du 19 fructidor an 5, en frappant le citoyen Donmerc de la peine de déportation, ne lui avait point fait encourir la mort civile, mais l'avait seulement privé de l'administration de ses biens, jusqu'à ce que sa déportation eût été effectuée; — Que cela résulte plus évidemment encore de la disposition de la loi du 19 brumaire an 7, qui n'assimile les déportés proscrits aux émigrés, que dans le cas où ils n'auraient pas fait la déclaration qu'elle leur prescrivait dans le délai de deux mois, à partir du jour de sa publication; — Que le demandeur ayant fait cette déclaration, et s'étant rendu à l'île d'Oléron, en exécution de l'arrêté du directoire exécutif du 28 nivôse suivant, il avait, dès le 4 germinal de la même année, obtenu la main-levée du séquestre apposé sur ses biens; d'où il suit qu'à compter au moins de cette époque, il avait été réintégré dans l'exercice de tous ses droits civils; et que n'ayant point changé jusqu'alors le lieu de son Domicile légal, qui était la commune de Montauban, il a pu, le 14 floréal suivant, être cité valablement en conciliation devant le juge de paix du canton de ce Domicile, et par suite devant le tribunal de première instance séant en cette commune; — Que si la dame Doumerc, son épouse, a, dès le 21 messidor précédent, signifié à l'administration municipale de Montauban, qu'elle entendait aller résider à Stains, canton de Pierre-Fitte, département de la Seine, il est évident qu'étant toujours restée sous la puissance de son mari, malgré la déportation contre lui prononcée, elle n'a pu lui acquérir un nouveau Domicile, sans un pouvoir spécial de sa part, dont elle n'a jamais justifié ni en première instance ni en cour d'appel; — Rejette.....»

§. V. *Du Domicile des femmes mariées, des fils de famille, des mineurs et des interdits.*

I. « La femme mariée (dit l'art. 108 du Code Napoléon) n'a point d'autre Domicile que celui de son

Digitized by Google

mari. » — Telle était aussi la disposition de la loi 38, §. 3, D. *ad municipalem*.

Mais, suivant la loi 37 du même titre, si le mariage était nul, la femme conserverait son premier Domicile.

Que doit-on décider à l'égard de la femme séparée de corps et de biens? Nul doute qu'elle ne conserve le Domicile du mari tant qu'elle n'en a pas choisi un autre. Mais nul doute aussi que le choix d'un autre Domicile ne lui soit parfaitement libre. Pourquoi, en effet, le Code Napoléon veut-il que la femme mariée n'ait point d'autre Domicile que celui du mari? C'est, comme le disait M. Mouricault dans le discours cité au §. précédent, parceque « le devoir la tient auprès de son mari; qu'elle n'en peut être légitimement éloignée que par la séparation de corps, le divorce ou la mort; qu'elle peut être forcée de retourner à lui quand elle le délaisse; qu'elle ne peut, en conséquence, avoir de résidence distincte que par l'effet d'une espèce de délit de sa part, ou d'une tolerance momentanée de la part de son mari. » — Or, toutes ces raisons cessent à l'égard de la femme légalement séparée de corps et de biens.

Il est vrai que M. de Lamoignon proposait, dans ses arrêtés, tit. 1, art. 16, de décider, d'une manière absolue, que la femme séparée de corps et de biens, en quelque lieu qu'elle demeurât, était réputée avoir son Domicile dans le lieu où était celui du mari à l'époque de la demande en séparation.

« Mais (dit le président Bouhier en ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 22, n. 201), je ne vois pas sur quoi cela peut être fondé. Cette espèce de séparation donne à la femme la liberté d'aller habiter où il lui plaît. Elle a donc droit de se choisir un nouveau Domicile. Ainsi, cela dépend de sa volonté, de laquelle on juge à cet égard comme de celle de toute autre personne. — Il est vrai que la femme veuve, suivant les lois romaines, semble retenir le Domicile de son défunt mari : *Vidua mulier amissi mariti Domicilium retinet, exemplo clarissimæ personæ per maritum factæ* (Loi 22, §. 1, D. *ad municipalem*); ce que l'auteur du Journal du Palais a voulu adapter à nos usages, et qu'on pourrait par conséquent appliquer à la femme séparée d'habitation. Mais il n'a pas fait attention que ce texte ne regarde que le Domicile de dignité, c'est-à-dire le droit de bourgeoisie, avec les autres privilèges dont jouissait le défunt mari. Cela se reconnaît par ces termes : *Exemplo clarissimæ, etc;* et encore par une autre loi semblable, la dernière, C. *de incolis*. — Mais, à tous autres égards, il faut bien se garder de dire que la veuve est réputée domiciliée où l'était son défunt mari, à moins que de fait elle ne soit restée dans le même lieu où il résidait au temps de sa mort. Car, comme par son veuvage elle est devenue maîtresse de ses volontés, elle a pu se choisir tel Domicile que bon lui a semblé. Cela fut jugé ainsi par un arrêt de la cour des aides de Paris, du 12 août 1672, rapporté au même journal, où il est fait mention d'un autre pareil. »]]

II. Le fils de famille n'a point d'autre Domicile de droit que celui de son père. Il ne peut en avoir un particulier qu'autant qu'il est affranchi de la puissance paternelle, ou qu'il a à cet effet un consentement de son père.

[[Cette doctrine est en opposition diamétrale avec le droit romain. *V. Puissance paternelle*, sect. 3, §. 3. Mais aujourd'hui que la puissance paternelle finit avec la minorité, la condition du fils de famille ne diffère pas de celle du mineur qui a perdu son père. Ainsi voyez le n°. suivant.]]

III. Le mineur, jusqu'à son émancipation, n'a point d'autre Domicile que celui qu'avait son père lors de son décès, de crainte qu'on ne l'engage à changer de Domicile pour favoriser quelques uns de ses héritiers mobiliers au préjudice des autres. Mais lorsqu'il est marié, Bretonnier pense qu'il peut changer de Domicile, et que par conséquent sa succession doit alors se régler suivant ce nouveau Domicile, pourvu qu'il ait eu lieu sans fraude et de bonne foi. Il paraît en effet que le Domicile occasionné par le mariage, doit l'emporter sur celui de la naissance, puisqu'une fille mineure, en se mariant, perd le Domicile qu'avait son père, pour prendre celui de son mari. Il y a dans le Journal des audiences un arrêt du 13 mars 1654, par lequel on a jugé qu'un mineur émancipé, né dans la coutume de Montfort, qui s'était mis en pension chez son frère à Chartres, qui y avait demeuré deux ou trois ans, et qui, dans divers voyages à Epernon et à Paris, était mort dans cette capitale, devait être réputé domicilié à Chartres.

[[Mais il n'est pas bien sûr que ce soit là précisément la décision de cet arrêt. *V.* Soefve, tome 1, cent. 4, chap. 58.

An surplus, la question est implicitement décidée dans ce sens par l'art. 108 du Code Napoleon. Cet article porte que « le mineur *non émancipé* aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur »; et de ces mots, *non émancipé*, il resulte bien clairement que le mineur acquiert par son émancipation, le droit de se choisir un Domicile.

On voit au reste que, par cet article, le Code Napoléon déroge à l'ancienne jurisprudence dans un point fort important; et c'est ce qu'explique encore très bien M. Mouricault, dans son discours au corps législatif sur le projet de loi qui forme aujourd'hui le titre *du Domicile* de ce Code. — « Le *mineur non émancipé* (ce sont ses termes), qui n'a ni père ni mère, ne peut avoir d'autre Domicile que celui de son tuteur. On doutait ci-devant que le tuteur pût changer le Domicile de son pupille; mais comme la succession mobilière sera désormais la même par-tout, il n'y a plus d'intérêt à maintenir le Domicile d'origine du mineur jusqu'à sa majorité accomplie, ou même seulement jusqu'à son émancipation; il n'y a plus de fraude à craindre, de la part du tuteur ou de qui que ce soit, dans ce changement. Le projet de loi

Digitized by Google

a donc pu, sans inconvénient, s'en tenir sur cela au principe général, qui donne au tuteur, à défaut des père et mère, tout pouvoir sur la personne du pupille : le projet a pu même ne lier le mineur, soit au Domicile de ses père et mère, soit à celui de son tuteur, que jusqu'à l'émancipation qui affranchit sa personne. »

III. Quant à l'interdit, l'art. 108 du Code Napoléon porte qu'il aura son Domicile *chez son curateur*.

§. VI. *Des circonstances qui, à défaut des présomptions admises par la loi, indiquent l'intention de fixer le Domicile dans un lieu plutôt que dans un autre.*

Lorsqu'une personne qui ne se trouve dans aucun des cas prévus par les art. 104, 106, 107, 108 et 109 du Code Napoléon, et qu'il s'agit de savoir quel est son Domicile, le Code Napoléon lui-même veut, art. 105, que les juges se déterminent par les circonstances.]]

Ainsi, quand la demeure dans un lieu a été accompagnée de tous les caractères qui indiquent un Domicile de choix, comme lorsqu'on a eu auprès de soi ce que l'on avait de plus cher et de plus précieux, qu'on a supporté des charges publiques, qu'on a satisfait aux devoirs de religion, qu'on s'est dit *demeurant*, etc., il n'en faut pas davantage pour faire juger qu'on a eu l'intention de s'y fixer. Mais, lorsque ces circonstances ne se rencontrent pas, on juge différemment, comme cela s'est fait au parlement de Paris, le 3 février 1764, au sujet de la succession de la demoiselle Clermont de *Saint-Aignan*. Elle était originaire du Maine; après la mort de sa mère elle vint à Paris, en 1742: elle y avait un hôtel, un suisse, tout son domestique, ses meubles, ses papiers; elle y faisait ses pâques, y payait la capitation, y jouissait du privilège des bourgeois pour les droits d'entrée, etc. Cependant, comme elle allait passer la belle saison à sa terre de Saint-Aignan, et que par différens actes elle s'était dite domiciliée au Maine, on jugea qu'elle avait conservé son premier Domicile, malgré qu'elle eût dix-neuf ans de résidence à Paris où elle décéda en 1761. M. Joly de Fleury cita à cette occasion deux arrêts, l'un du 27 août 1756, qui déclara le comte de Choiseul domicilié en Bourgogne, quoiqu'il fût mort à Paris; l'autre, au contraire, de 1761, qui jugea M. de Gassion domicilié à Paris au temps de sa mort, quoiqu'il eût un hôtel à Pau dans le Béarn, et qu'il y payât la capitation.

[[Voici une espèce un peu plus récente. Le sieur de Contravel, propriétaire de deux terres considérables, l'une à Baillon, l'autre à Yerville, avait d'abord fait sa résidence, en grande partie, à Baillon; mais en 1764, peu de temps après son mariage, voyant que l'air marécageux de Baillon ne convenait pas à la santé de son épouse, il fixa plus particulièrement sa demeure à Yerville. Indépendamment de ces deux terres qu'il habitait souvent, il avait coutume de passer quatre mois d'hiver dans une grande ville, et pendant plus de douze ans il avait choisi celle du Mans. En 1776, le sieur de Courtavel et la dame son épouse vinrent passer l'hiver à Paris dans un appartement qu'ils y avaient loué, et depuis ils se rendirent tous les ans dans cette capitale pour y passer l'arrière-saison. Au mois de décembre 1780, se voyant sans enfans et sans espérance d'en avoir, ils s'occupèrent du soin de s'assurer, en cas de mort de l'un d'eux, des avantages réciproques. Pour remplir ces vues, ils se firent, par testament, un don mutuel en toute propriété, de l'universalité de leurs meubles et acquêts et de l'usufruit de leurs propres: l'acte fut passé à Yerville, où ils se déclarèrent domiciliés, le 5 décembre 1780. Le 5 du même mois ils se rendirent à Paris, et y passèrent l'hiver selon leur usage. Le sieur de Courtavel tomba malade au mois de mars suivant, et mourut après cinq à six jours de maladie. Le sieur de Contravel, son frère, et son seul héritier, a fait apposer les scellés tant à Paris qu'à Baillon et à Yerville. La veuve de Courtavel demanda la délivrance du don mutuel porté dans l'acte du 5 décembre 1780: le frère en contesta la validité, et soutint que la coutume de Paris, sous l'empire de laquelle le feu sieur de Courtavel était décédé, ne permettait pas de faire de don mutuel par testament. La veuve soutint, de son côté, la validité de la disposition, parceque le Domicile de son mari était à Yerville, dans la coutume de Dunois, qui permettait le don mutuel par testament. Elle ajoutait que son mari n'avait jamais eu de Domicile certain à Paris; qu'il ne faisait dans cette ville qu'un séjour de trois ou quatre mois en hiver. Ainsi la validité du don mutuel dépendait de la fixation du Domicile, et de savoir quel était celui du feu sieur de Courtavel. La cause portée au châtelet a été plaidée, pour le sieur de Courtavel par M. Target, et pour la veuve par M. Gerbier. La difficulté naissait de ce que, dans les trois différentes habitations du feu sieur et de la dame de Courtavel, à Paris, à Baillon et Yerville, ils avaient un mobilier assez considérable pour faire présumer un Domicile d'affection. Cependant ils faisaient leurs pâques à Paris; ils y payaient la capitation; ils s'étaient fait inscrire au bureau du domaine, pour jouir, comme bourgeois, de la liberté de faire venir de leurs terres le gibier, la volaille et les autres denrées, sans payer d'entrée. Baillon avait été long-temps leur vrai Domicile, et celui qu'ils s'étaient donné dans un grand nombre d'actes: Yerville était aussi un lieu qu'ils avaient adopté depuis 1764 pour leur séjour favori, celui où ils passaient plus de temps, où ils avaient fait construire un chartrier pour y mettre en dépôt leurs titres et leur généalogie, où ces titres se sont trouvés, à l'exception de ceux qu'ils avaient apportés à Paris pour en aider un de leurs parens; celui enfin où l'on a trouvé plus de 60,000 liv. en or, indépendamment d'un mobilier beaucoup plus important que les autres, et de toutes les constructions d'agrémens et de commodités qu'on n'a coutume de faire que dans le lieu de son habitation principale et affectionnée. Par sentence du 17 mai 1782, le châtelet a

Digitized by Google

fait délivrance à la veuve de tous les objets compris dans le don mutuel, et a jugé par conséquent que le Domicile du défunt avait été à Yerville, dans la coutume du Dunois. Le sieur de Courtavel a appelé de cette sentence. Mais quoiqu'il ait ajouté en cause d'appel de nouveaux moyens à ceux qu'il avait fait valoir en première instance, il n'en a pas été plus heureux. Par arrêt du 11 mars 1783, rendu sur les conclusions de M. Séguier, avocat général, le parlement de Paris a confirmé la sentence avec amende et dépens.]]

Tout cela nous fait voir que la différence des préjugés que l'on pourrait citer, ne change rien au principe général, parcequ'il en faut toujours revenir à l'examen du fait et des circonstances.

[[§. VII. *La preuve que l'on est domicilié dans un lieu, résulte-t-elle nécessairement, soit de ce qu'on y a pris une carte de citoyen, soit de ce qu'on y a obtenu des certificats de vie ou de résidence, soit de ce qu'on y a fait le service de la garde nationale, soit de ce qu'on y a été imposé au rôle de la contribution mobilière, soit de ce qu'on s'y est marié sans avoir fait ailleurs les publications préalables au mariage, soit de ce que dans plusieurs actes on s'est dit domicilié dans ce lieu, soit de ce qu'on y a constamment exercé ses droits politiques?*

V. le plaidoyer du 7 prairial an 13, rapporté à l'article *déclinatoire*, §. 1.

§. VIII. *Si un particulier avait deux demeures pour lesquelles il marquât une égale affection, au point qu'il fût impossible de déterminer celle à laquelle il donne la préférence, quel parti faudrait-il prendre en pareil cas pour régler son Domicile?*

La loi 5, D. *ad municipalem*, répond qu'il faudrait le regarder comme domicilié à la fois dans l'un et l'autre lieu : *Labeo judicat eum qui pluribus locis ex æquo negocietur, nusquam Domicilium habere : quosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolam esse aut Domicilium habere, quod verius est.* — La loi 6, §. 2, confirme cette décision : *viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere Domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideò minus apud alteros se collocasse videatur.* L'art. 1 de la loi du 25 brumaire an 3, concernant les émigrés, reconnaît le même principe.]]

C'est aussi ce qui a été jugé par l'arrêt du 6 septembre 1670, (rapporté au Journal du palais, et dont nous avons déjà parlé), au sujet de la succession du prince de Guemené : le prince avait beaucoup de mobilier dans sa terre du Verger en Anjou; il en avait beaucoup aussi à Paris : la sentence arbitrale décida que le mobilier qui était dans l'Anjou, se réglerait suivant la coutume de la province; et que celui qui était à Paris, serait réglé par celle de Paris; et l'arrêt confirma cette sentence. [[*V.* ce que contient là-dessus le plaidoyer déjà cité du 7 prairial an 13.]]

§. IX. *Du Domicile relativement au mariage.*

I. Comme les mariages ne peuvent être valablement célébrés que par les curés du Domicile des parties, et qu'il naissait souvent des difficultés pour savoir dans quelle paroisse les parties étaient censées avoir leur Domicile, et depuis quel temps il fallait qu'elles y eussent commencé leur résidence, Louis XIV, par un édit du mois de mars 1697, a réglé qu'une partie serait censée avoir son Domicile dans une paroisse dès qu'elle y aurait 6 mois de résidence publique, pourvu qu'elle demeurât auparavant dans une paroisse de la même ville ou du même diocèse; et, au lieu de 6 mois, la loi a exigé un an pour ceux qui demeureraient dans un autre diocèse.

Lorsqu'on a deux Domiciles, l'un de fait et l'autre de droit, la publication de bans suffit dans la paroisse du Domicile de fait, c'est-à-dire, de l'endroit où l'on fait sa demeure actuelle et publique, parceque c'est dans ce Domicile que l'on est ordinairement le plus connu : la loi ne dit pas qu'on aura égard au Domicile de droit et au Domicile de fait en même temps, si ce n'est pour les mineurs; car elle veut que le vrai Domicile soit celui de leur père ou de leur mère, de leur tuteur ou curateur, en ajoutant que si ces mineurs ont de plus un Domicile de fait, la publication de leurs bans se fera dans la paroisse où ils demeurent, et dans celle de leur père, mère, tuteur ou curateur.

Le curé qui a droit de bénir le mariage, est celui du Domicile de fait des parties depuis un an par changement de diocèse, ou depuis six mois par simple changement de paroisse; de sorte que si ce temps n'est pas encore écoulé, l'ancien curé conserve son privilège, du moins pour la publication des bans; car si le nouveau Domicile est commencé dans une paroisse avec intention de s'y fixer, ce consentement, ne fût-il que de deux ou trois mois, suffit pour donner droit au curé de ce nouveau Domicile de bénir le mariage sur le certificat de publication de bans dans la paroisse du Domicile précédent : mais si le mariage devait se faire dans une paroisse qui ne fût pas celle du Domicile de l'une ni de l'autre des parties, il faudrait, en ce cas, une permission spéciale de l'évêque ou du curé des parties sur publication ou dispense de bans.

Si chacune des parties a son Domicile dans une paroisse différente, il faut publication de bans dans chacune de ces paroisses.

[[II. Depuis la loi du 20 septembre 1792, ce n'est plus devant le curé, mais devant l'officier de l'état civil de l'une et de l'autre des parties, que le mariage doit être célébré.

Du reste, la loi du 20 septembre 1792 et le Code Napoléon ont adapté à l'officier de l'état civil, et aux publications qui doivent se faire à la porte de la maison commune, presque toutes les dispositions que renfermait l'édit de mars 1697, par rap-

Digitized by Google

port au curé et aux bans qui devaient être proclamés dans l'eglise.

Ainsi, il n'en est pas du Domicile requis pour se marier dans un lieu, comme du Domicile proprement dit, dont on a donné la définition au commencement de cet article, et sur lequel roulent les paragraphes précédens.

Le Domicile proprement dit s'acquiert par la résidence dans une commune, même pendant un seul jour, avec l'intention d'y fixer son principal établissement; et la résidence la plus longue, sans cette intention, serait insuffisante pour constituer un pareil Domicile.

Il en est autrement du Domicile considéré par rapport au mariage. Le procès-verbal de la discussion du Code Napoléon au conseil d'état prouve clairement qu'en fait de mariage, le mot *Domicile* s'entend de la simple résidence. *V.* l'*Esprit du Code Napoléon*, par M. Locré, tome 2, p. 130.

C'est même ce qui résulte de la combinaison des cinq articles suivans de ce Code.

« 74. Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son Domicile. Ce Domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.

« 165. Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du Domicile de l'une des deux parties.

« 166. Les deux publications ordonnées par l'art. 63, au titre *des Actes de l'état civil*, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.

« 167. Néanmoins, si le Domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier Domicile.

« 168. Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du Domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent. »

On voit, par ce dernier article, que les mineurs, dont le Domicile proprement dit est nécessairement le même que celui de leurs pères et mères ou tuteurs, sont tenus de faire publier leur mariage dans les communes où ils n'ont qu'une simple résidence; que ce n'est que par un surcroît de précaution qu'on les oblige de le faire également publier dans les communes où ils ont leur Domicile proprement dit; et par conséquent que la simple résidence est ce à quoi s'attache le plus la loi, pour déterminer soit en quel lieu on peut se marier, soit en quel lieu doivent être faites les publications préalables au mariage.

On est cependant convenu, dans la discussion de l'art. 74, que, pourvu que les publications soient faites dans le lieu de la résidence, on peut se marier dans le lieu du Domicile proprement dit. Voici ce que porte à ce sujet le procès-verbal de la séance du conseil d'état, du 4 vendémiaire an 10.

« Le premier Consul demande si une personne pourra célébrer son mariage dans le lieu de son Domicile, quoique depuis six mois elle ait résidé ailleurs.

« M. Tronchet répond qu'elle le pourra, parce-qu'on ne perd pas le droit de célébrer son mariage dans le lieu de son Domicile, pour avoir acquis le droit de le célébrer ailleurs.

« M. Bigot-Préamenen observe que la célébration du mariage est entourée d'une plus grande publicité lorsqu'elle est faite dans le lieu de la résidence.

« M. Tronchet repond que la publicité du mariage a pour objet de donner aux personnes intéressées à l'empêcher, le moyen de former leur opposition : or, le Domicile d'un homme est toujours plus certain et plus connu que sa résidence. La disposition qui permet de célébrer le mariage dans le lieu de la résidence, n'est qu'une exception à la règle générale : d'ailleurs, les publications sont faites et au lieu de la résidence et au lieu du Domicile. »

Et je dois ajouter que c'est dans ce sens que la loi du 20 septembre 1792, qui contenait sur cette matière les mêmes dispositions que le Code Napoléon, avait été interprétée par un décret du 24 germinal an 2; voici les termes de ce décret : « La convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation, sur la question qu'elle lui a renvoyée, et qui consiste à savoir si l'acte de mariage peut être reçu dans la maison commune du lieu du Domicile actuel de l'une des parties, lorsqu'il n'y a pas six mois qu'elle y réside, et cependant lorsque les promesses de mariage ont été publiées dans le dernier Domicile où chacune des parties a demeuré six mois avant le mariage; considérant que l'esprit de la loi ne saurait être d'empêcher que l'acte du mariage soit reçu dans le lieu du *Domicile actuel* de l'une des parties qui veulent se marier, pourvu qu'elles aient rempli la formalité de la publication des promesses, dans le dernier Domicile où les parties contractantes ont demeuré au moins six mois, passe à l'ordre du jour. »

III. Mais quel est, par rapport au mariage, le Domicile des militaires sous les drapeaux? Il faut distinguer : ou l'armée dont ils font partie, est hors du territoire français; ou elle est en France.

Au premier cas, ils peuvent se marier devant le quartier-maître de leur corps, après que les publications ont été faites au lieu de leur dernier Domicile, et qu'elles ont été mises à l'ordre du jour. *V.* le Code Napoléon, art. 88, 94 et 95.

Au second cas, ils rentrent dans le droit commun; et voici ce que porte à ce sujet un avis du conseil d'état, du 2e jour complémentaire an 13, approuvé le 4 par l'Empereur.

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi qui lui a été fait par S. M. l'Empereur et Roi, a entendu le rapport de la section de législation sur celui du grand-juge ministre de la justice, tendant à faire décider *si les militaires ne peuvent contracter mariage que devant l'officier de l'état civil du Domicile de l'un des époux, et si ce Domicile doit être*

Digitized by Google

acquis pour le militaire par six mois d'habitation dans le lieu où le mariage sera célébré; — considérant que l'art. 165 du Code civil porte que le mariage sera célébré par l'officier civil du Domicile de l'une des parties; que ce Domicile, aux termes de l'art. 74, est acquis par six mois d'habitation continue dans la même commune; que les art. 94 et 95 du Code civil ne concernent que les militaires hors du territoire de l'empire; qu'il n'y a nulle exception en faveur des militaires en activité de service dans l'intérieur; — est d'avis que les militaires, lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'empire, ne peuvent contracter mariage que devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis le Domicile fixé par l'art. 74 du Code civil, et après avoir rempli les formalités prescrites par les art. 166, 167 et 168. »

IV. A l'égard du Français non militaire, ou militaire, mais non présent à son corps, qui veut se marier en pays étranger, soit avec une personne française comme lui, soit avec une personne étrangère, l'art. 170 du Code Napoléon le dispense de la formalité de la célébration devant l'officier public de son Domicile en France; mais il veut en même temps que les publications préalables soient faites en France par cet officier; et que du reste le Français ne puisse pas contracter en pays étranger mariage qui serait, à son égard, prohibé en France.

V. Sur la dispense de Domicile en fait de mariage, *V. Dispense*, §. 3.

VI. Il ne faut pas confondre avec le Domicile considéré par rapport au mariage, ce qu'on appelle en termes de jurisprudence, le *Domicile matrimonial*, c'est-à-dire le Domicile dont la loi sert d'interprète ou de supplément aux conventions qui règlent les intérêts des futurs époux. *V. Autorisation maritale*, sect. 10; et *Conventions matrimoniales*. §. 2.]]

§. X. *Du Domicile relativement aux impositions.*

Le Domicile de fait est le véritable Domicile à considérer en matière d'impositions. Il suffit que la résidence soit commencée au 1er octobre pour qu'on soit dans le cas de supporter sa part des charges du lieu où l'on vient demeurer. On peut même être taxé dans deux endroits à la fois, dans celui que l'on quitte, si l'on n'a point fait signifier son changement de domicile, et dans celui où l'on va demeurer. Les collecteurs de ce dernier endroit sont fondés à penser que le nouveau venu n'est point imposé ailleurs; et les collecteurs du premier Domicile ne sont pas obligés de croire qu'il est allé résider autre part, tandis qu'il n'y a eu aucun changement de signifié.

La déclaration du 16 août 1683, portant règlement sur les tailles, avait établi des formalités particulières pour les translations de Domicile; mais ces formalités ont été abrogées par l'art. 23 du tit. 2 de la déclaration du 27 janvier 1772, qui porte que « tout taillable qui voudra transporter son Domicile d'une paroisse à une autre, sera seulement tenu de faire signifier, avant le 1er octobre de chaque année, au procureur syndic de la paroisse qu'il voudra quitter, la déclaration de ladite translation, dans laquelle sera fait mention du lieu où il entendra établir son Domicile; et en outre de faire enregistrer au greffe de l'election ladite signification avant ledit délai; et sera ladite translation effectuée dans les six mois de ladite signification, à défaut de quoi le taillable sera imposé comme s'il n'eût point fait ladite signification. »

[[Ces dispositions sont devenues sans objet par la suppression de la taille; et le Domicile n'est plus à considérer aujourd'hui que pour la contribution mobilière et pour les patentes.

La contribution mobilière devait, suivant l'art. 22 de la loi du 14 thermidor an 5, se percevoir au lieu du Domicile politique du contribuable; mais cet ordre de choses a été changé par la loi du 21 ventôse an 9. « Nul, (porte-t-elle, art. 5), ne sera taxé à la contribution mobilière qu'au lieu de sa principale habitation; et sera considérée comme habitation principale, celle dont le loyer sera le plus cher. »

Du reste, le défaut de notification ou de changement d'habitation n'expose plus le contribuable à être taxé dans la commune qu'il a quittée, comme s'il y résidait encore; mais si de fait il y était taxé, et qu'il le fût également dans le lieu où il a établi sa nouvelle résidence, il ne pourrait réclamer contre la première taxe, que dans les trois mois de la publication du rôle. *V.* la loi du 3 nivôse an 7, art. 50.

Quant aux patentes, elles doivent être délivrées, et les droits doivent en être acquittés, au lieu où ceux qui y sont assujettis ont leur Domicile. *V.* la loi du 1er brumaire an 7, art. 27.]]

§. XI. *Du Domicile relativement aux matières judiciaires.*

Lorsqu'on a une action personnelle à diriger contre quelqu'un, l'assignation ne peut être donnée que devant le juge du Domicile de la personne contre laquelle on agit. *V. Action, Ajournement* et *Compétence*. (M. DAREAU.)

« Lorsqu'une maison se trouve partie dans une juridiction et partie dans une autre, quelle est celle des deux juridictions qui est compétente pour connaître des actions personnelles dirigées contre celui qui habite cette maison? Est-ce la juridiction où est située la principale porte d'entrée? Est-ce la juridiction qui renferme la plus grande partie de la maison dans son territoire?

La question s'est présentée au parlement de Bretagne dans cette espèce. Julien Bellalain avait assigné, le 27 mai 1774, à la juridiction des Réguaires de l'évêché de Rennes, Thualt, hôte et propriétaire de l'auberge de la tour d'argent à Rennes, en paiement d'une somme de 40 livres; celui-ci s'était hâté de conclure à son renvoi, qu'il fondait sur un aveu duquel il résultait que de son auberge,

Digitized by Google

qui relevait pour la majeure partie des Réguaires de l'évêché, il y en avait néanmoins trente-trois pieds et demi, au midi et au conchant, dans le domaine du roi : Thnault ajoutait que dans cette dernière partie, se trouvaient comprises la cuisine et la porte cochère de son auberge; qu'il conchait dans sa cuisine, centre de sa fortune et de son commerce; qu'il y mangeait avec ses enfans; que ce déclinatoire qu'il proposait n'était rien moins que chicaneux, parceque, s'il demenrait établi qu'il relevât de la juridiction des Réguaires de l'évêché, il serait assujetti, comme tous les débitans de ce fief, à un droit de bonteillage; qu'indépendamment de ce que la porte cochère de son auberge était dans le domaine du roi, celle de la cuisine, qui était la principale porte d'entrée, s'y trouvait également; il finissait par invoquer un arrêt du parlement de Paris, rendu dans les vacations de 1769, rapporté au recueil des conclusions de Pothier, qui a décidé que lorsqu'une maison est mouvante de plusieurs juridictions, c'est la principale porte d'entrée qui règle l'exercice de la juridiction. — Bellalain répondait qu'il était vrai que la cuisine de Thnault faisait partie des trente-trois pieds et demi relevant du domaine; mais qu'il était impossible que la porte cochère y fût comprise, parcequ'il y avait au moins soixante pieds de distance entre cette dernière et celle de la cuisine; il offrait subsidiairement la preuve de ce fait, et soutenait que son action était d'autant mieux dirigée aux Réguaires de l'évêché, que Thnault ayant acheté son anberge 10,144 livres, il n'avait porté qu'à 3,141 livres 5 sous la portion mouvante du roi; que pour fonder sa demande en renvoi, il eût dû prouver que la porte cochère relevait du roi, la principale porte d'une auberge étant, sans contredit, celle par où entrent les voitures.

Par arrêt rendu en la grand'chambre, le 14 avril 1778, plaidant Dubreuil, Le Breton et Phelippes de Tronjoli, la cour confirma la sentence du premier juge, qui avait débouté Thnault de son déclinatoire. (M. Corail de Sainte-Foy.)*

[[§. XII. *Quel est l'effet du changement de Domicile, par rapport à l'état de majeur ou de mineur, et à la capacité de contracter, de disposer, etc. V. Autorisation maritale*, sect. 10, *Majorité* et *Puissance paternelle.*

§. XIII. *Un étranger peut-il, sans la permission du gouvernement, acquérir en France un Domicile proprement dit?*

L'affirmative était universellement reconnue avant la publication du Code Napoléon. On en trouvera des preuves très multipliées dans le plaidoyer du 22 mars 1806, qui est rapporté à l'article *divorce*, sect. 4, §. 10; et c'est ce qu'a encore jugé un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Edonard Walsch-Serrant fait assigner son père, Antoine-Joseph-Philippe, devant le tribunal de première instance d'Angers. Antoine-Joseph-Philippe Walsch-Serrant décline ce tribunal et demande son renvoi devant le tribunal de première instance de Paris, lieu de son Domicile.— Son fils lui répond : Vous avez, il est vrai, demeure long-temps à Paris; vous y avez eu le siége de votre fortune; vous y avez vécu avec le grade de maréchal de camp, et vous y avez fait les fonctions d'électeur pour les états-généraux; mais rien de tout cela n'a pu vous constituer à Paris un Domicile proprement dit, parceque, né en Espagne, vous êtes nécessairement étranger. Comme étranger, vous n'avez pu avoir à Paris qu'une résidence. Mais vous en avez eu également une dans votre terre de Serrant, arrondissement d'Angers; vous vous êtes même dit, dans plusieurs actes que je représente, *demeurant au château de Serrant.*— Le père réplique : Quand je serais étranger, je n'en aurais pas moins pu acquérir, et je n'en aurais pas moins acquis un vrai Domicile en France; mais je ne suis pas étranger : à la vérité, je suis né en Espagne; mais mon père, François Walsch, était né en France, et je l'ai suivi lorsqu'il est revenu dans sa patrie. Qu'importe que Philippe Walsch, mon aïeul, fût Irlandais, et que, passé en France à la suite du roi Jacques II, il soit mort sans se faire naturaliser? Cela n'a pas pu empêcher mon père de naître Français; et mon père étant né Français, si je ne suis pas né tel aussi en Espagne, du moins je le suis devenu par le retour de mon père en France. — Sur ces débats, jugement du 14 floréal an 11, qui, *attendu qu'un étranger ne peut avoir en France d'autre Domicile que celui de sa résidence actuelle*, et que le sieur Walsch-Serrant est étranger par sa naissance en Espagne, déboute celui-ci de son déclinatoire, et lui ordonne de plaider au fond.— Le même jour, jugement semblable sur une demande formée contre le sieur Walsch-Serrant père, par le nommé Lombard, valet de chambre de son fils. — Le sieur Walsch-Serrant père se pourvoit en règlement de juges; et, par arrêt du 8 thermidor an 11, au rapport de M. Cassaigne,

« Considérant, 1°. que le citoyen Walsch-Serrant père a été cité devant le tribunal civil de l'arrondissement d'Angers, de la part de son fils, pour l'exécution d'une promesse de 10,000 liv. de pension annuelle, et à la requête de François Lombard, pour le paiement d'un compte arrêté et d'un état de fournitures;

« Considérant, 2°. que ces deux actions étant personnelles, le citoyen Walsch-Serrant devait être cité devant le tribunal civil du lieu de son Domicile;

« Considérant, 3°. que c'est dans l'arrondissement du tribunal de la Seine que le citoyen Walsch-Serrant père était domicilié à l'époque desdites citations, et non dans l'arrondissement de celui d'Angers, devant lequel elles lui ont été données. — En premier lieu, c'est à Paris qu'il a eu sa demeure jusqu'en 1789, qu'il sortit de France. — Ce fait résulte de vingt-six baux publics par lui passés

Digitized by Google

dans sa maison de Serrant, commune de St.-Georges, depuis et compris l'année 1783 jusqu'en 1789, dans lesquels il est dit, *demeurant ordinairement à Paris, de présent à Serrant, commune de St.-Georges*; de cinq actes extrajudiciaires, signifiés à sa requête, les 30 mars et 1er. juillet 1785, 4, 15 et 18 octobre 1786, qui l'énoncent de même, *demeurant ordinairement à Paris*; de ce que c'est à Paris qu'il fut dit demeurant à l'occasion des lettres de terrier par lui impétrées en 1784, pour son domaine de Serrant, et de ce qu'il fut membre de l'assemblée de la noblesse de Paris de 1789. — En second lieu, c'est à Paris que, pendant son absence et jusqu'à son retour en l'an 10, il s'est dit domicilié, et que des assignations lui ont été données. — Cela résulte du contrat de mariage de la demoiselle Walsch-Serrant, sa fille, passé à Aix en Savoie, devant notaires, le 24 août 1790, dans lequel il est dit domicilié à Paris, se trouvant depuis trois mois en cette ville pour les eaux, et duquel il résulte qu'en constituant en dot à sa fille des droits sur le domaine de Serrant, il y apposa expressément la clause de réversion; d'une procuration parlui donnée à son frère devant notaire à Chambéri, le 12 novembre même année, dans laquelle il désignait le même Domicile; et de deux actes extrajudiciaires qui lui furent signifiés, l'un le 19 novembre 1792, à la requête de Louis-Nicolas Bourbon, l'autre le 18 février 1793, de la part de Henri-Lonis Marchand, en son Domicile à Paris, rue Neuve-Sainte-Croix, chaussée d'Antin. — Troisièmement, c'est encore à Paris qu'à son retour en France il reprit sa demeure en l'an 10, et qu'il la conserva depuis cette époque. — Ce fait résulte de la quittance des impositions mobilières, suivant laquelle il a été imposé à cette contribution pour l'an 10 à Paris, et il l'y a payée, comme y demeurant, rue des Mathurins; d'un acte extrajudiciaire qu'il fit signifier à son fils, le 1er floréal an 10, dans lequel il se dit *demeurant actuellement à Serrant, commune de Saint-Georges, son Domicile élu*; d'un contrat par lui passé avec son fils, devant notaire à Saint-Georges, le 9 du même mois, dans lequel il fut de nouveau dit, demeurant ACTUELLEMENT *à Serrant, commune de Saint-Georges;* d'un acte de dépôt par lui fait devant le même notaire, le 13 messidor même année, dans lequel il s'énonça, *demeurant à Paris, rue Neuve-des-Mathurins*, n°. 876, *actuellement à Serrant;* d'un exploit de cédule de citation signifié de la part de son fils, le 24 du même mois, et de la cédule elle-même, portant même désignation de demeure; d'un acte extrajudiciaire à lui signifié, le 6 frimaire an 11, à la requête du cit. Severie, en son Domicile, mêmes n°. et rue des Mathurins; d'un acte d'appel que son fils lui fit signifier, le 27 pluviose suivant, pareillement en son Domicile, mêmes n°. et rue; d'un bail par lui consenti, le 30 du même mois, devant notaire, à Saint-Georges, où il est répété, *demeurant à Paris*, mêmes rue et n°, *actuellement à Serrant;* finalement, d'un passeport à lui délivré par la mairie de Saint-Georges, le 21 floréal an 11, où il est dit, *domicilié à Paris, rue des Mathurins;*

« Considérant, 4°. *que ce Domicile n'a été ni empêché par la qualité d'étranger, opposée au cit. Walsch-Serrant père,* ni détruit par sa translation en sa maison de Serrant, commune de Saint-Georges. — D'un côté, *aucune loi ne s'oppose à ce que des étrangers aient un Domicile réel en France: ils demeurent conséquemment sous la disposition générale de la loi commune, qui n'exige, pour l'établissement du Domicile, que le fait de l'habitation réelle, joint à l'intention de l'établir;* et l'habitation du cit. Walsch-Serrant à Paris, et son intention positive d'y établir son Domicile, résultent manifestement des faits et des actes ci-dessus rappelés. — Il est d'ailleurs de principe reconnu par les auteurs, que, sous l'ancien régime, les enfans nés en France, quoique d'un étranger, étaient réputés par leur naissance vrais Français; qu'il en était de même des enfans nés dans le pays étranger d'un père Français, lorsque celui-ci n'avait pas établi son Domicile dans ce pays et perdu l'esprit de retour : or, le cit. Walsch-Serrant père soutient, et il ne paraît pas contredit, que si Philippe Walsch, son grand-père, était Irlandais, il avait passé en France avec le roi Jacques, et y avait donné le jour à François Walsch, père du cit. Walsch-Serrant, demandeur; et que si François Walsch avait passé de France en Espagne, s'y était marié, et y avait eu de son mariage le cit. Walsch-Serrant, demandeur, il était ensuite revenu en France avec sa femme, ses enfans, sa fortune, y avait acquis la ci-devant terre de Serrant, l'y avait fait ériger en comté pour lui et ses descendans mâles, et y était décédé; et de son côté, le cit. Walsch-Serrant, demandeur, né en Espagne, étant revenu en France dès son jeune âge, s'y est marié avec une Française de la famille de Choiseul, y a eu le grade de marechal de camp, y a exercé ses droits politiques comme membre de l'assemblée de la noblesse de Paris en 1789; d'où il suit qu'étant fils de Français, le cit. Walsch-Serrant est Français; et par suite, il est indifférent qu'il ait été propriétaire d'un régiment irlandais de son nom, mais d'ailleurs français, qu'il n'ait pas pris des lettres de naturalité ni déclaré expressément sous l'ancien ni sous le nouveau régime, l'intention d'être Français, et que dans quelques actes il se soit dit étranger; il demeure que sa qualité de Français étant d'ailleurs constante dans le fait, aucune de ces circonstances n'a pu suffire pour la faire cesser. — D'autre part, rien ne prouve que depuis son retour en France, le cit. Walsch-Serrant, après avoir repris son Domicile à Paris en l'an 10, l'ait transféré dans sa maison de Serrant; à la vérité, il paraît de quelques pièces, notamment de l'acte extrajudiciaire qu'il fit signifier à son fils le 1er. floréal an 10, de celui qu'il fit au greffe du tribunal d'Angers, le 8 du même mois, et de celui qu'il passa avec son fils le 9, qu'il s'est dit *demeurant à Serrant;* mais ces énonciations, réduites à leur véritable valeur, ne sont que l'expression d'une simple résidence; le sens en est déterminé à cette signification, soit par l'acte

Digitized by Google

même du 1er. floréal, dans lequel le cit. Walsch-Serrant ne se dit pas simplement *demeurant à Serrant*, mais *actuellement demeurant à Serrant, son Domicile élu;* soit par les autres actes et faits déjà énoncés, du nombre desquels se trouve l'acte d'appel que le cit. Walsch-Serrant fils lui fit signifier, le 27 pluviose an 11, en son Domicile, rue des Mathurins;

« Attendu enfin que le cit. Walsch-Serrant père a proposé le déclinatoire devant le tribunal d'Angers, et demande son renvoi au tribunal civil de la Seine; que néanmoins le tribunal d'Angers lui a refusé le renvoi par ses deux jugemens du même jour 14 floréal an 11, d'où il suit que le cit. Walsch-Serrant se trouve distrait de sa juridiction naturelle;

« Le tribunal, faisant droit sur la demande en règlement de juges, sans s'arrêter aux deux jugemens du tribunal civil d'Angers, du 14 floréal an 11, dont est question, lesquels sont déclarés nuls et demeurent pour non advenus, renvoie les deux causes et les parties devant le tribunal civil de la Seine, pour y procéder et leur être fait droit ainsi qu'il appartiendra. »

Mais cette jurisprudence est singulièrement modifiée par l'art. 13 du Code Napoléon. — « L'étranger (porte cet article) qui aura été *admis par le gouvernement à établir son Domicile* en France, jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. »

A la vérité, cet article ne dit pas précisément que l'étranger ne pourra établir son Domicile en France qu'avec la permission du gouvernement; il dit seulement que l'étranger qui aura établi son Domicile en France avec la permission du gouvernement, y *jouira de tous les droits civils;* et il semble, au premier abord, ne le dire que pour distinguer cet étranger d'avec celui qui, s'étant fixé en France sans la permission expresse du gouvernement, ne doit, aux termes de l'art. 11, y jouir que *des mêmes droits civils qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient.* Et ce qui paraît fortifier cette interprétation, c'est que l'art. 3 de la Constitution du 22 frimaire an 8 ne parle en aucune manière de permission à obtenir du gouvernement, lorsqu'il détermine les conditions sous lesquelles un étranger peut, en établissant son Domicile en France, acquérir le titre et les droits de citoyen français: « Un étranger, porte-t-il, devient citoyen français, lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives. »

Mais ces premiers aperçus s'évanouissent quand on se reporte à la manière dont l'art. 13 du Code Napoléon a été entendu dans la discussion qui s'en est faite au corps législatif. — « J'observe sur l'art. 13 (disait M. Gary, au nom du tribunat, à la séance du 17 ventose an 11), qu'il n'y a eu aucune objection contre la disposition qui veut que l'étranger ne puisse établir son Domicile en France, s'il n'y est admis par le gouvernement. C'est une mesure de police et de sûreté autant qu'une disposition législative. Le gouvernement s'en servira pour repousser le vice, et pour accueillir exclusivement les hommes vertueux et utiles, ceux qui offriront des garanties à leur famille adoptive. »

La chose devient encore plus claire, d'après un avis du conseil d'état, du 18 prairial an 11, approuvé le 20 par le chef du gouvernement. Le conseil d'état était consulté sur la question de savoir si l'étranger qui veut devenir citoyen français par la voie qu'indique l'art. 3 de la Constitution du 22 frimaire an 8, est assujetti à la disposition de l'art. 13 du Code Napoléon, qui ne donne à l'étranger la jouissance des droits civils en France, tant qu'il continuera d'y résider, que lorsqu'il aura été admis par le gouvernement à y établir son Domicile: et il a été « d'avis que dans tous les cas où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir la permission du gouvernement; et que ces admissions pouvant être, suivant les circonstances, sujettes à des modifications, à des restrictions, et même à des révocations, ne sauraient être déterminées par des règles ou des formules générales. »

§. XIV. *Quelle est aujourd'hui l'autorité des statuts locaux qui autorisent certaines communes à s'opposer à ce que des personnes étrangères à leur territoire, y fixent leur Domicile, à moins qu'elles ne leur paient certaines rétributions connues sous le nom de* droit de bourgeoisie, *ou sous toute autre dénomination?*

Le conseil d'état a donné, sur cette question, le 22 juin 1807, un avis que l'Empereur a approuvé le 20 juillet suivant, et qui est ainsi conçu:

« Le conseil d'état, qui, sur le renvoi qui lui en a été fait par sa majesté, a entendu le rapport de la section de l'intérieur sur celui du ministre de ce département, qui demande que le conseil décide si, en exécution de l'art. 12 du décret du 9 vendémiaire an 13, les communes des départemens de la rive gauche du Rhin peuvent exiger des nouveaux habitans le droit connu sous le nom de *droit de bourgeoisie;* — Vu ledit art. 12, portant: *Les communes des départemens du Mont-Tonnerre, de Rhin-et-Moselle, de la Roër et de la Sarre, seront tenues, sous la surveillance et l'approbation du préfet, de pourvoir à l'acquittement de leurs dettes par l'emploi des moyens qui étaient usités dans ces départemens avant la première entrée qu'y ont faite les armées françaises lors de la dernière guerre;* — Vu les art. 2 et 6 des Constitutions de l'Empire, du 22 frimaire an 8, et les art. 102 et 103 du Code Napoléon; — Considérant que les Constitutions de l'Empire ont déterminé les conditions requises pour acquérir le Domicile dans une commune; — Que, suivant leurs dispositions, tout individu regnicole qui, après avoir déclaré à la municipalité l'intention de s'établir dans une commune, y a depuis demeuré pendant un an, et a été imposé aux rôles des

Digitized by Google

contributions, a acquis Domicile dans ladite commune; — Que ce serait également enfreindre ces lois que d'en retrancher ou y ajouter quelque chose; — Que le décret du 9 vendémiaire an 13 n'a point été rendu dans l'intention d'assujettir l'acquisition du Domicile dans les départemens de la rive gauche du Rhin, à des conditions particulières et plus étendues que dans les autres départemens de l'Empire; — Que s'il porte que les dettes des communes de ces départemens seront acquittées par les moyens usités avant la première entrée qu'y ont faite les Français durant la dernière guerre, il faut nécessairement entendre que ces moyens ne seront point en opposition avec les lois constitutionnelles; — Et qu'enfin aucune distinction n'est admissible entre le nouveau et l'ancien habitant, qui doivent, dans toutes les communes de l'Empire, supporter les mêmes charges et participer aux mêmes avantages; — Est d'avis que les communes des départemens de la rive gauche du Rhin, comme les autres communes de l'Empire, ne peuvent point exiger des nouveaux habitans le droit anciennement connu sous le nom de *droit de bourgeoisie*, pour les admettre au partage des droits et revenus communaux; que le décret du 9 vendémiaire an 13 ne conserve aucun droit de cette nature; et que les arrêtés, soit du commissaire général du gouvernement, soit des préfets qui en ont autorisé la perception, doivent cesser, dès à présent, de recevoir leur exécution.»]]

[[DOMICILE DE SECOURS. C'est, suivant la définition qu'en donne la loi du 25 vendémiaire an 2, tit. 5, art. 1, *le lieu où l'homme nécessiteux a droit aux secours publics.*

Voici quelles sont là-dessus les dispositions des articles suivans du même titre :

« 2. Le lieu de la naissance est le lien naturel du Domicile de secours.

« 3. Le lieu de naissance, pour les enfans, est le Domicile habituel de la mère, au moment où ils sont nés.

« 4. Pour acquérir le Domicile de secours, il faut un séjour d'un an dans une commune.

« 5. Le séjour ne comptera, à l'avenir, que du jour de l'inscription au greffe de la municipalité.

« 6. La municipalité pourra refuser le Domicile de secours, si le domicilié n'est pas pourvu d'un passeport et certificats qui constatent qu'il n'est point homme sans aveu.

« 7. Jusqu'à l'âge de vingt-un ans, tout citoyen pourra réclamer, sans formalité, le droit de Domicile de secours, dans le lieu de sa naissance.

« 8. Après l'âge de vingt-un ans, il sera astreint à un séjour de six mois, avant d'obtenir le droit de Domicile, et à se conformer aux formes prescrites aux art. 4, 5 et 6.

« 9. Celui qui quittera son Domicile pour en acquérir un second, sera tenu aux mêmes formalités que pour le premier.

« 10. Il en sera de même pour celui qui, après avoir quitté un Domicile, voudra y revenir.

« 11. Nul ne pourra exercer en même temps, dans deux communes, le droit de Domicile de secours.

« 12. On sera censé conserver son dernier Domicile tant que le délai exigé pour le nouveau ne sera pas échu, pourvu qu'on ait été exact à se faire inscrire au greffe de la nouvelle municipalité.

« 13. Ceux qui se marieront dans une commune, et qui l'habiteront pendant six mois, acquerront le droit de Domicile de secours.

« 14. Ceux qui auront resté deux ans dans une commune, en louant leurs services à un ou plusieurs particuliers, obtiendront le même droit.

« 15. Tout soldat qui aura combattu un temps quelconque pour la liberté, avec des certificats honorables, jouira de suite du droit de Domicile de secours dans le lieu où il voudra se fixer.

« 16. Tout vieillard, âgé de soixante-dix ans, sans avoir acquis de Domicile, ou reconnu infirme avant cette époque, recevra les secours de stricte nécessité dans l'hospice le plus voisin.

« 17. Celui qui, dans l'intervalle du délai prescrit pour acquérir le Domicile de secours, se trouvera, par quelqu'infirmité, suite de son travail, hors d'état de pouvoir gagner sa vie, sera reçu à tout âge dans l'hospice le plus voisin.

« 18. Tout malade, domicilié de droit ou non, qui sera sans ressources, sera secouru, ou à son Domicile de fait, ou dans l'hospice le plus voisin. » *V. Acte de Garant.*]]

[[DOMICILE ÉLU. C'est un Domicile de pure fiction, et qui, pour certains effets, suppose une personne domiciliée dans un lieu où elle ne l'est pas réellement.

L'élection de Domicile est, ou commandée par la loi, ou de pure convention.

§. I. *De l'élection de Domicile commandée par la loi.*]]

• I. Lorsque les seigneurs habitent des châteaux et des maisons fortes qu'il n'est pas facile d'aborder, ils doivent élire, suivant l'ordonnance de 1667, un Domicile dans la ville la plus prochaine, et en faire enregistrer l'acte au greffe de la juridiction royale du lieu; autrement les significations peuvent se faire au Domicile des fermiers, des juges, des procureurs-fiscaux ou des greffiers. — [[*V. Ajournement*, n. 13.]]

II. Il faut aussi une élection de Domicile pour les affaires au sujet desquelles on fait donner des assignations dans des tribunaux où il n'est point nécessaire de constituer un procureur, et où l'on omet d'en constituer un : cette élection de Domicile doit se faire dans le lieu de la juridiction où l'affaire se poursuit. On peut voir à ce sujet l'art. 23 de l'ordonnance de 1539, l'art. 6 d'une déclaration du 17 février 1688, concernant la procédure qui doit être observée dans les élections et greniers à sel, [[et l'art. 422 du Code de procédure civile.]]

III. Cette élection de Domicile est encore nécessaire pour les saisies et les exécutions mobilières.

Digitized by Google

L'art. 1 du titre 33 de l'ordonnance de 1667 veut que tout exploit de saisie et d'exécution mobilière, et à plus forte raison s'il s'agit de saisie réelle, contienne une élection de Domicile, de la part du saisissant, dans la ville où la saisie et exécution doit être faite, ou dans le village ou la ville la plus proche, si cette saisie n'est faite ni dans une ville, ni dans un bourg ou village.

Cette élection de Domicile est nécessaire, même à peine de nullité, suivant l'art. 19 du même titre, afin que les opposans sachent où signifier leurs oppositions. Mais si le saisissant s'était dit demeurant dans l'endroit même où se fait l'exécution, et qu'il y demeurât effectivement, il n'aurait point manqué à l'esprit de l'ordonnance en omettant de déclarer où il faisait élection de Domicile, parceque cette élection n'est nécessaire que pour suppléer au Domicile réel du saisissant, et pour n'être point obligé de lui faire des significations à un Domicile trop éloigné; motif qui ne subsisterait plus, s'il demeurait dans l'endroit même.

Observez que les receveurs et autres personnes employées au recouvrement des deniers royaux, peuvent se contenter d'une élection de Domicile en leur bureau, sans être obligés d'en élire dans la ville, le village ou le bourg le plus proche : ils y sont autorisés par l'art. 2 de l'edit de mars 1668.

Ceux qui forment des oppositions, sont pareillement dans le cas de cette élection de Domicile, parcequ'il faut que toutes les parties aient une égale facilité pour les mains-levées et pour les délivrances.

C'est mal à propos que quelques praticiens bornent cette élection de Domicile à 24 heures; il est dans l'esprit de l'ordonnance qu'elle dure tout autant que la cause qui y donne lieu.

[[*V.* le Code de procédure civile, art. 559, 584, 634, 637, 673, 783, 789 et 927.]]

L'effet de toutes ces élections de Domicile est d'attribuer au juge du lieu où elles sont faites, la connaissance des contestations sur les saisies, demandes ou oppositions qui en sont l'objet. Ainsi, comme ce Domicile n'est relatif qu'aux saisissans, aux opposans et aux parties saisies, ce serait irrégulièrement que d'autres personnes y feraient des *significations* pour des causes étrangères à ces mêmes objets : il faut, en pareil cas, s'attacher au Domicile réel et de fait.

[[IV. L'élection de Domicile faite par un commandement de payer, emporte-t-elle pour la personne chez laquelle le Domicile est élu, une procuration pour recevoir la somme due au créancier et en donner quittance ?

Le 21 thermidor an 11, la dame Mallien, créancière du sieur Faret-Fournès, d'une somme de 608 francs, lui fait un commandement avec election de Domicile *chez le sieur Garilhe, avoué, en la ville de Nismes; et encore pour le temps de droit seulement, en la commune de Vers, chez le sieur Drome.* Le lendemain 22, Faret-Fournès fait à la dame Mallien, au Domicile élu par elle *chez le sieur Drome, à Vers,* des offres réelles de ce qu'il lui doit. Ce dernier reçoit la somme offerte et en donne quittance, à la charge par lui de remettre cette somme à qui de droit. — La dame Mallien continue ses poursuites; mais le sieur Faret-Fournès y forme opposition sur le fondement qu'il s'est valablement libéré par le paiement qu'il a fait entre les mains du sieur Drome; et il s'appuie de ce passage de Rhodier dans ses questions sur l'ordonnance de 1667 : « L'election de Domicile est une formalité nécessaire dans toutes les espèces de saisies; elle a été prescrite afin que le débiteur saisi puisse plus commodement signifier, si bon lui semble, au Domicile élu *ses actes d'offre de paiement,* ou ses moyens d'opposition. » — Par jugement en dernier ressort, du 29 germinal an 12, le tribunal civil d'Uzès déclare que le sieur Faret-Fournès n'est pas valablement libéré, et ordonne la continuation des poursuites de la dame Mallien. — Le sieur Faret-Fournès se pourvoit en cassation; mais, par arrêt du 6 frimaire an 13, au rapport de M. Chasles, « Attendu que l'élection de Domicile qu'un créancier saisissant est obligé par la loi de faire dans le lieu de la saisie, ne constitue pas mandataire du créancier celui chez qui cette élection est faite; qu'ainsi le paiement ou versement de la somme formant la dette, fait à ce Domicile élu, en d'autres mains qu'en celles du créancier ou de son mandataire, n'opère pas la libération du débiteur, la cour rejette... »

V. L'art. 435 du Code de procédure civile veut que la signification d'un jugement par défaut contienne, « à peine de nullité, élection de Domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié. »

L'effet de cette élection n'est pas d'attribuer au tribunal dans le territoire duquel la signification est faite, la connaissance, soit de l'opposition au jugement par défaut, soit de son exécution : c'est seulement de mettre le condamné par défaut à portée de signifier plus tôt son opposition : car, suivant l'art. 437, c'est *au Domicile élu* qu'il doit la signifier.

VI. Il y a encore une élection de Domicile qui, d'après les lois nouvelles, n'est pas attributive de juridiction : c'est celle que le créancier hypothécaire doit faire dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau où il fait inscrire son hypothèque. Cette élection donne seulement le droit à ceux qui ont des actions à intenter contre le créancier inscrit, à raison de son inscription même, de lui faire donner assignation au Domicile qu'il a élu sur le registre du conservateur. *V.* la loi du 11 brumaire an 7, art. 17 et 20; et le Code Napoléon, art. 2148 et 2156.

VII. L'élection que fait une partie d'un Domicile chez son avoué, n'a d'effet que pour l'instance dans laquelle cet avoué occupe pour elle. Ainsi, après le jugement de l'instance, son adversaire ne pourrait pas signifier un acte d'appel à ce Domicile : (arrêts de la cour de cassation, des 25 vendé-

Digitized by Google

miaire et 22 brumaire an 12, rapportés dans mon *Recueil des questions de droit*, tom. 7, pag. 168 et 181). — On ne pourrait pas non plus signifier à ce Domicile un arrêt portant admission de la requête en cassation, présentée contre le jugement rendu dans l'instance pour laquelle l'élection de Domicile a été faite : (arrêt de la même cour, du 19 vendémiaire an 11, rapporté dans le même recueil, page 159. — Autres arrêts des 5 et 7 août 1807. V. *Douanes*, §. 14; et *Enregistrement*, §. 3.)

Par la même raison, l'on ne pourrait regarder que comme nulle l'assignation qui serait donnée à un défendeur en cassation au Domicile élu par lui dans l'exploit de signification du jugement attaqué, et pour cette signification seulement. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la même cour, du 9 floréal an 9, rapporté dans le même *Recueil*, tom. 3, pag. 578.

Mais l'élection de Domicile que fait dans l'affiche, celui qui poursuit une expropriation forcée, ne se prolonge-t-elle pas au-delà de l'adjudication, ne s'étend-elle pas même à l'appel du jugement d'ordre? Cette question s'est présentée sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7.

François Terrasson d'Avéze, domicilié en Espagne, créancier hypothécaire de Jean-Pierre Terrasson, son frère, poursuit contre celui-ci l'expropriation forcée de certains immeubles, et fait, par l'affiche, conformément à l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an 7, élection de Domicile chez le sieur Pourret, son avoué, à Saint-Etienne. — L'expropriation consommée, le 5 vendémiaire an 14, le sieur Terrasson d'Avéze requiert, au greffe du tribunal civil de Saint-Etienne, en vertu de l'art. 31 de la loi citée, l'ouverture du procès-verbal d'ordre, et y dépose ses titres de créance avec l'état général de toutes les inscriptions prises sur les biens vendus. — Le procès-verbal d'ordre dressé et clos, est homologué par un jugement qui est signifié aux divers créanciers, à la requête du sieur Terrasson d'Avéze, par exploit contenant déclaration qu'il entend continuer son élection de Domicile chez le sieur Pourret. — La dame Rossary, créancière inscrite du sieur Terrasson exproprié, se rend appelante de ce jugement, et fait signifier son appel au Domicile du sieur Pourret, élu par Terrasson d'Avéze. — Celui-ci soutient que l'exploit est nul, parcequ'il ne lui a pas été signifié à personne ou à Domicile; parceque l'élection de Domicile, qu'il avait précédemment faite chez son avoué, a, suivant lui, cessé par l'adjudication des biens dont il avait poursuivi l'expropriation, ou que du moins elle ne s'est pas prolongée au-delà du jugement de l'ordre; et parceque celle qu'il avait faite par l'exploit de signification de ce jugement, ne pouvait pas s'étendre au-delà des actes d'exécution de ce jugement même. — Cette exception est rejetée, le 3 messidor an 11, par la cour d'appel de Lyon, sur le fondement que, s'agissant d'une expropriation forcée, l'élection de Domicile était prescrite par la loi du 11 brumaire an 7, et par conséquent nécessaire. — Recours en cassation pour violation de l'art. 3 du tit. 2 de l'ordonnance de 1667, qui veut, à peine de nullité, que tout exploit d'ajournement soit fait à personne ou à Domicile. — L'exploit d'appel portant citation, a répété Terrasson d'Avéze, étant le principe d'une nouvelle instance, devait être signifié à mon véritable Domicile; celui que j'avais élu chez l'avoué Pourret, tant dans l'affiche que dans l'exploit de signification du jugement, portant homologation du procès-verbal d'ordre, devait s'arrêter là où avaient fini l'adjudication et la distribution du prix que l'affiche et le procès-verbal d'ordre avaient pour objet. C'est un principe consacré par plusieurs arrêts de la cour de cassation, que l'élection de Domicile faite par l'exploit de signification d'un jugement en dernier ressort, ne dispense pas celui qui demande la cassation de ce jugement de signifier à personne ou Domicile de son adversaire, l'acte introductif de l'instance en cassation : et pourquoi n'en serait-il pas de même de l'acte introductif d'une instance d'appel?—Par arrêt du 22 janvier 1806, au rapport de M. Chasles, « Attendu que la loi du 11 brumaire an 7, sur l'expropriation forcée, veut, art. 4, que le créancier poursuivant fasse mention dans les affiches de son élection d'un Domicile dans la commune où l'adjudication devra se faire; qu'il est dans l'esprit de la loi que cette élection de Domicile dure autant que la poursuite même, de laquelle fait nécessairement partie et suite l'ordre ou la distribution du prix de l'adjudication, tellement que pour parvenir à cet ordre, la loi ne permet ni citation ni assignation; que c'est à ce Domicile élu, expressément commandé par la loi, que les créanciers et la partie saisie peuvent et doivent faire au poursuivant toutes les significations qui peuvent les intéresser jusqu'à la consommation de la distribution; que, dans l'espèce, le demandeur avait fait son élection de Domicile chez le sieur Peurret, avoué à Saint-Etienne; que par l'exploit de signification faite à sa requête, du jugement définitif de première instance, il a positivement déclaré vouloir continuer cette élection de Domicile; et que la signification de l'acte d'appel avec ajournement faite à ce Domicile, est exacte et régulière; la cour rejette....]]

VIII. L'élection de Domicile finit-elle par la mort de ceux qui l'ont faite? Cette question s'est présentée au parlement de Paris, et, nonobstant l'avis contraire donné par la communauté des procureurs, il fut décidé, le 3 août 1700, que le Domicile finissait par le décès de ceux qui l'avaient élu. [[*V.* le plaidoyer du 7 prairial an 13, rapporté à l'article *Déclinatoire*, §. 1.er.]]

Ce Domicile finit-il de même par la mort de ceux chez lesquels il a été élu? Il est constant, dans l'usage, qu'aussitôt qu'un procureur chez lequel on a fait election de Domicile, est décédé, il faut assigner la partie en constitution de nouveau procureur, si l'on veut continuer de procéder contre elle.

Mais devrait-il en être exactement de même, si

Digitized by Google

le particulier chez lequel on aurait fait élection de Domicile dans un village, pour une saisie ou pour une opposition, venait à mourir ou à changer de Domicile? Nous pensons que la partie saisissante ou opposante serait obligée d'élire d'elle-même un nouveau Domicile, sans qu'on fût obligé de l'en avertir par une sommation; et que, faute par elle de le faire, les significations pourraient se continuer valablement au Domicile élu.

[[Remarquez au surplus qu'en fait d'inscription hypothécaire, l'élection de Domicile conserve tout son effet, nonobstant le décès de celui qui l'a faite, et de celui chez lequel le Domicile a été élu. *V.* la loi du 11 brumaire an 7, art. 20; et le Code Napoléon, art. 2156.

Mais le conserve-t-elle également (lorsqu'elle a été faite *chez le conservateur des hypothèques*), après la suppression du bureau, et sa réunion à un autre? Dans ce cas, une signification faite au créancier inscrit au Domicile de l'ex-conservateur, serait-elle valable? Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

Le sieur Pinot achète la terre de Rimancourt, située dans l'arrondissement de Chaumont, département de la Haute-Marne. Il fait transcrire son contrat, le notifie à tous les créanciers inscrits au bureau des hypothèques, et, se trouvant lui-même créancier de son vendeur, ouvre un procès-verbal d'ordre au greffe du tribunal civil de Chaumont. — Sur la notification de cette ouverture, le sieur Quesme-Desbordes, créancier d'une rente viagère de 2,000 livres, comparaît, produit ses titres, et conteste ceux des autres créanciers, sans se plaindre des notifications. — Le procès-verbal d'ordre clos, le sieur Pinot se pourvoit à l'audience, pour en faire prononcer l'homologation. — Là, le sieur Quesme-Desbordes demande l'annullation de la notification qui lui a été faite du contrat du sieur Pinot, *à Bourmont, au domicile du citoyen Henri, ancien conservateur des hypothèques;* il convient que, par son bordereau d'inscription, il a élu Domicile *à Bourmont, chez le citoyen conservateur des hypothèques;* mais il soutient que le bureau de Bourmont ayant été supprimé et réuni à celui de Chaumont, c'était au bureau de Chaumont que devait lui être faite la notification du contrat de l'acquéreur. — Le tribunal de Chaumont rejette cette demande, et déclare la notification valable. Mais, sur l'appel, arrêt de la cour de Dijon, du 1er prairial an 10, qui réforme son jugement et annulle la notification. — Le sieur Pinot se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 8 thermidor an 11, au rapport de M. Audier-Massillon, — « Vu l'art. 3o de la loi du 11 brumaire an 7; attendu que les notifications prescrites par cette loi, doivent être faites au Domicile élu par le créancier; — Qu'il résulte de l'art. 17, §. 1, de la même loi, que l'élection du Domicile doit se trouver dans le bordereau d'inscription; — D'où il suit que les notifications faites au Domicile élu dans le bordereau d'inscription, sont conformes à la loi, toutes les fois que cette élection de Domicile n'a pas été changée par le créancier, dans la forme prescrite par l'art. 20 de la même loi; — Attendu que, bien qu'on ne pût faire aucun reproche à celui qui aurait fait les notifications au Domicile qui lui aurait été indiqué dans l'état des inscriptions existantes sur les biens aliénés, certifié par le conservateur des hypothèques, quand même cet état ne serait pas conforme à l'élection faite dans le bordereau, puisque cet état est donné au créancier poursuivant et à l'acquéreur pour leur servir de règle, par l'art. 3o de la loi susdite et par l'art. 31 de celle du même jour sur les expropriations forcées, néanmoins le créancier inscrit ne peut jamais se plaindre de ce qu'on a fait les notifications au Domicile par lui élu dans son bordereau d'inscription; — Attendu que le cit. Quesme-Desbordes avait, dans son inscription, fait élection de Domicile à Bourmont, *chez le citoyen conservateur des hypothèques;* et que les notifications ont été faites à Bourmont, au Domicile du cit. Henri, qui était conservateur des hypothèques lorsque Desbordes avait pris son inscription; — Attendu que Desbordes n'ayant pas établi son Domicile au bureau du conservateur, mais à Bourmont, chez le citoyen conservateur, il n'a pas pu prétendre que la suppression du bureau de Bourmont et sa réunion à celui de Chaumont, avaient transporté son élection de Domicile au bureau de Chaumont, et avaient imposé à l'acquéreur l'obligation de faire la notification au dernier bureau; — Attendu que c'est au créancier qui fait l'inscription hypothécaire, à énoncer clairement et sans équivoque, son élection de Domicile; que toutes les ambiguïtés qui s'y trouvent, doivent être expliquées contre lui; et que l'acquéreur ou le poursuivant ne sont pas tenus, ni de deviner son intention, ni de suppléer à ce qui n'est pas littéralement exprimé dans l'acte, ni de suivre les changemens de Domicile qui n'ont pas été énoncés de la manière prescrite par la loi; — Attendu que Desbordes avait reconnu la validité de cette notification et de celle du procès-verbal d'ouverture d'ordre qui avait été faite au même Domicile; qu'il avait déféré à la sommation qui lui avait été faite; qu'il était intervenu dans l'ordre; qu'il avait produit ses titres et contesté ceux des autres créanciers, sans se plaindre de ces notifications; — Attendu qu'il n'a proposé la nullité des notifications susdites, qu'après la clôture de l'ordre et après l'expiration des derniers délais accordés aux créanciers par les art. 32 et 33 de la loi sur les expropriations forcées, pour faire, sur les titres et pièces produits, les observations qu'ils jugeront convenables; — D'où il résulte que ces notifications étaient régulières et conformes à la loi; que Desbordes n'avait ni droit ni action pour les attaquer; et que le tribunal d'appel de Dijon, qui les a annullées par son jugement du 1er prairial an 10, a violé la loi ci-dessus rapportée, et commis un excès de pouvoir, en créant des nullités qui n'étaient portées par aucune loi; — le tribunal casse et annulle.... »]]

Digitized by Google

§. II. *De l'élection de Domicile, purement conventionnelle.*

I. Il arrive quelquefois que les parties, à la suite d'un acte, font une élection de Domicile dans un endroit, pour l'exécution de cet acte, au cas qu'il faille en venir à des significations et à des sommations. Cette election de Domicile est valable et regardée même comme faisant une des conditions de l'acte; de sorte qu'on peut faire toutes sortes de significations à ce Domicile, pour tout ce qui peut être relatif à la convention passée. Ce Domicile est même attributif de juridiction au juge du lieu où le Domicile a été élu, *pourvu que l'une des parties soit naturellement justiciable de ce juge :* autrement on aurait lieu de croire que l'élection de Domicile n'a été concertée que pour se soustraire à l'autorité du juge légitime.

[[Cette restriction était-elle vraiment reçue dans l'ancienne jurisprudence ? *V.* le plaidoyer du 7 prairial an 13, rapporté à l'article *Déclinatoire*, §. 1.

Quant à notre législation actuelle sur cette matière, *V.* le même plaidoyer, et *Ajournement*, n. 5.]]

II. Observez que, dans les significations que l'on fait à un Domicile élu, on n'est pas dispensé d'exprimer la demeure réelle des parties. (M. Dareau.)*

[[III. Lorsque le Domicile élu est éloigné du Domicile réel à une distance qui, sur l'assignation donnée devant le juge du premier, nécessiterait une augmentation de délai si elle était donnée devant le juge du second, cette augmentation de délai doit-elle avoir lieu, comme s'il n'y avait pas eu d'élection de Domicile? *V.* le plaidoyer du 19 mars 1807, rapporté à l'article *Douanes*, §. 7; et *Consuls des marchands*, §. 3, n. 2.]]

[[DOMICILE MATRIMONIAL. *V. Domicile*, §. 9, n. 6.]]

DOMINANT. *V. Fief* et *Servitude*.

* DOMINITÉ. Quelques auteurs se sont servis de ce mot pour énoncer le Domaine de propriété, en latin *Dominium*. (G. D. C.) *

* DOMMAGE. Perte, détriment, préjudice.

Celui qui [[par son fait, sa négligence ou son imprudence, ou par le fait, la négligence ou l'imprudence de ceux dont il doit répondre ou qu'il a sous sa garde]], cause du Dommage à autrui, est obligé de le réparer. [[Art. 1382, 1383 et 1384 du Code Napoléon.]]

Mais lorsque le Dommage arrive par cas fortuit ou par force majeure, la perte tombe sur le propriétaire sans aucun recours : ainsi le locataire n'est pas responsable d'une maison brûlée par le feu du ciel, ou détruite par les ennemis. *V. Bail* et *Incendie*.

Si en faisant un ouvrage, quelqu'un occasionne du Dommage à une personne, il en est responsable, à moins qu'il n'ait usé des précautions nécessaires pour prévenir ce Dommage. *V. Couvreur*. Ainsi, lorsqu'un chasseur ou d'autres personnes pratiquent des fosses sur un chemin ou ailleurs, sans en avoir le droit, ils sont tenus du Dommage qui peut en résulter.

La même décision s'applique à ceux qui causent du Dommage, parcequ'ils ignorent les choses qu'ils devraient savoir. Ainsi l'artisan doit réparer le Dommage occasionné par une faute qu'il a faite dans un ouvrage de sa profession : ainsi encore, un voiturier répondra du Dommage qu'il aura causé en condnisant mal sa voiture. *V. Avarie*, *Chirurgien* et *Voiturier*.

Une société est tenue du Dommage qui arrive à l'un des associés par cas fortuit, à l'occasion de la société. *V. Société*.

Si l'on jette d'une maison, dont les appartemens sont habités par différentes personnes, quelque ordure, ou même de l'eau sur un passant, c'est à ceux qui habitent l'appartement d'où l'on a jeté, à réparer solidairement le Dommage, à moins que l'on ne connaisse celui qui l'a causé, auquel cas il en est seul tenu. [[*V.* le Digeste, titre de *His qui effuderint vel ejecerint*.]]

Lorsque des animaux domestiques causent du Dommage, les maîtres sont tenus de le réparer. Ils n'en seraient pas quittes comme chez les Romains, en abandonnant les animaux pour cette réparation. C'est mal à propos que Ferrière a pensé différemment dans sa traduction des Instituts de Justinien; nous ne suivons pas à cet égard la disposition de la loi des douze tables.

[[*V.* l'art. 1385 du Code Napoléon; et le plaidoyer que je rapporte à l'article *Gibier*.]]

Il existe sur cette matière un arrêt du parlement de Grenoble qui décide une question d'autant plus intéressante, qu'elle peut se renouveler souvent dans les tribunaux.

Les sieurs Dolle et Favier, négocians, avaient, pendant plusieurs années, confié un cheval au nommé Brun, qui logeait dans son écurie des chevaux et mulets à tant par jour, soit pour les habitans de la ville, soit pour les étrangers. Dans la nuit du 6 au 7 mai 1776, ce cheval, placé dans cette écurie au même ratelier où étaient attachés d'autres chevaux, eut la cuisse gauche cassée par un coup de pied que lui donna le cheval voisin. Les négocians en firent dresser un procès-verbal par un commissaire de police, se pourvurent contre Brun, et obtinrent une sentence par laquelle il fut condamné à payer la valeur de leur cheval, fixée à 200 livres par le procès-verbal, si mieux il n'aimait en faire faire une nouvelle estimation par experts. — Brun appela de cette sentence, et soutint qu'elle était contraire à tous les principes. — Je ne puis, disait-il, être responsable d'un accident qui n'est point arrivé par ma faute. Ce n'est point l'usage à Grenoble de mettre des barrières entre les chevaux; le fait est attesté par un certificat de tous les hôteliers. D'ailleurs les sieurs Dolle et Favier, qui, depuis plusieurs années, tenaient leur cheval dans mon écurie, l'ont souvent eux-mêmes attaché au milieu des autres chevaux, sans exiger la précaution des barrières; ainsi ils ont bien voulu courir l'événement des coups de pieds. On ne serait fondé à m'imputer l'événement, qu'au-

Digitized by Google

tant qu'on pourrait me reprocher quelque manquement dans les soins usités pour les chevaux; mais j'ai pris toutes les précautions d'usage. C'est donc ici le cas de la maxime, *res perit domino*; et la perte du cheval des sieurs Dolle et Favier doit rester pour leur compte. Cela résulte même de la loi dernière, *D. ad legem Aquiliam*, qui, dans le cas d'un cheval emprunté, décide que le commodataire n'est pas responsable du coup de pied que le cheval a reçu d'un autre cheval trouvé en route; et cette décision doit s'appliquer à l'hôtelier, avec d'autant plus de raison, qu'il est encore plus favorable que le commodataire. En effet, le contrat du commodat est tout à l'avantage du commodataire; au lieu que l'espèce de contrat qui se fait entre l'hôtelier et le propriétaire du cheval, est également avantageux aux deux contractans; aussi la loi rend-elle le commodataire responsable même de la plus légère faute, *de levissimâ culpâ*. L'accident du coup de pied n'est donc pas regardé même comme l'effet de la faute la plus légère, puisque le commodataire n'en est pas tenu. Eh! comment l'hôtelier pourrait-il en être responsable, tandis que dans les contrats avantageux aux deux contractans, on n'est pas tenu *de levissimâ culpâ*, la faute très légère, mais seulement *de levi culpâ?* — Les sieurs Dolle et Favier se fondaient uniquement sur les lois du Digeste et du Code, au titre *nautæ, caupones, stabularii*, etc., qui n'exceptent, en faveur des hôteliers, que le cas fortuit, *damnum fatale*, qu'il leur est impossible de prévoir et de prévenir; et ils en concluaient que l'événement dont il s'agit ayant pu être prévu et empêché par des précautions très simples, et qu'un père de famille prudent se fait un devoir de prendre, Brun devait répondre de sa négligence. Ils ajoutaient que Brun n'avait omis de placer une barre entre les chevaux que pour son propre avantage, pour en tenir un plus grand nombre dans son écurie, et se procurer un gain plus considérable.

Sur ces moyens respectifs, arrêt du 3 décembre 1776, à l'audience de la grand'chambre, qui confirme la sentence, avec amende et dépens.]]

Le propriétaire d'un héritage où des bestiaux d'autrui font du Dommage, peut les faire arrêter jusqu'à ce que le Dommage soit estimé, et que le maître des bestiaux l'ait payé. Il faut, à cet égard, se conformer aux coutumes et aux usages des lieux, [[aujourd'hui à la loi du 28 septembre 1791, tit. 2. *V. Délit rural et Fourrière.*]]

Lorsque ce sont des poules ou des oies qui causent du Dommage, le maître de l'héritage peut les tuer impunement. C'est l'avis de Dumoulin, sur l'art 154 de l'ancienne coutume d'Orléans, [[et la disposition de la loi du 28 septembre 1791, tit. 2, art. 12.]]

V. le Digeste, titre *ad legem aquiliam*, et les Institutes, titre *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur;* les lois civiles de Domat; le recueil de jurisprudence civile de Rousseau de Lacombe, et *Bâtiment, Délit, Délit forestier, Démence, Quasi-Délit*, etc. (M. Guyot.)

DOMMAGES ET INTÉRÊTS. C'est l'indemnité ou dédommagement qu'on doit à la personne à qui l'on a causé quelque préjudice.

[[I. Ainsi, outre les cas rappelés dans l'article précédent, lorsqu'une opposition à un mariage est rejetée, « les opposans, autres néanmoins que les ascendans, peuvent être condamnés à des Dommages-Intérêts. » (*Code Napoléon*, art. 179.)

Ainsi, celui qui a fait des constructions sur son fonds avec les matériaux d'autrui, peut être condamné à des Dommages-Intérêts, indépendamment de la valeur de ces matériaux qu'il doit payer. (*Ibid.*, art. 554.)

Ainsi, peut également être condamné à des Dommages-Intérêts celui qui a employé ses propres matériaux à une construction qu'il a faite sur le fonds d'autrui. (*Ibid*, art. 555.)

Ainsi, les enfans naturels, l'époux survivant et l'administration des domaines, qui n'ont point rempli les formalités prescrites avant de s'immiscer dans les successions auxquelles ils prétendent droit, peuvent être condamnés aux Dommages-Intérêts envers les héritiers, s'ils se représentent. (*Ibid.*, art. 772.)

Ainsi, dans une multitude de cas qu'il prévoit et spécifie, le Code de procédure civile veut que les plaideurs et les officiers ministériels soient condamnés à des Dommages-Intérêts envers les parties qu'ils ont lésées. *V.* les art. 71, 107, 132, 179, 192, 213, 251, 289, 314, 367, 374, 390, 479, 494, 500, 503, 513, 516, 562, 603, 608, 690, 713, 722, 799, 826, et 1031 de ce Code.]]

II. Un débiteur est tenu envers son créancier, des Dommages-Intérêts résultans de l'inexécution, ou du retard dans l'exécution, de ses engagemens.

[[Sur la disposition expresse de l'art. 1147 du Code Napoléon; et à cet égard, il faut distinguer trois sortes d'obligations : celle de faire ou de ne pas faire, celle de payer une certaine somme, et celle de fournir ou livrer certaines marchandises ou certains effets, on de faire jouir de certains droits on de certains immeubles.

III. Voici ce qu'a réglé le Code Napoléon sur les Dommages-Intérêts qui résultent de l'accomplissement de l'obligation de faire ou de ne pas faire.

« *Art.* 1142. Toute obligation de faire on de ne pas faire, se resout en Dommages et Intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

« 1143. Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des Dommages et Interêts, s'il y a lieu.

« 1144. Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

« 1145. Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les Dommages et Intérêts, par le seul fait de la contravention. »

On doit au surplus appliquer à ces Dommages-Intérêts, toutes les règles qui sont relatives à ceux de la troisième espèce dont il sera parlé dans un instant.

Digitized by Google

IV. « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les Dommages-Intérêts résultans du retard dans l'exécution, ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi ; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ». C'est la disposition de l'art. 1153 du Code Napoléon. *V. Intérêts.*

V. En fait de Dommages-Intérêts pour l'inexécution de l'obligation, soit de donner une chose qui ne consiste pas en argent comptant, soit de faire on de ne pas faire, il y a deux questions à examiner : — Dans quels cas ces Dommages-intérêts sont-ils dus ? — A quel taux doivent-ils être fixés ?

VI. La première question est résolue en ces termes par le Code Napoléon :

« *Art.* 1146. Les Dommages et Intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

« 1147. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de Dommages et Intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

« 1148. Il n'y a lieu à aucuns Dommages et Intérêts, lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, on à faire ce qui lui était interdit. »

VII. La seconde question est un peu plus compliquée. On peut dire cependant, en général, que les Dommages-Intérêts doivent équivaloir à la perte que le créancier a faite et au gain dont il a été privé. *Quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*, dit la loi 13, D. *rem ratam haberi*. L'art. 1149 du Code Napoléon contient la même disposition ; mais il ajoute qu'elle est sujette à des *exceptions* et à des *modifications*.]]

En effet, les Dommages-Intérêts dont il s'agit, ne s'étendent pas indistinctement à toutes les pertes que l'inexécution de l'obligation a pu occasionner : on doit, à cet égard, distinguer différens cas et différentes sortes de Dommages et Intérêts : il faut même, selon les circonstances, apporter une certaine modération en estimant ceux dont le débiteur est tenu.

Ainsi, lorsqu'il n'y a aucun dol à imputer au débiteur, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas rempli son obligation, il n'est tenu que des Dommages et Intérêts que, lors du contrat, on a pu prévoir que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation. [[*Code Napoléon*, art. 1150.]]

Communément, le débiteur n'est tenu des Dommages et Intérêts du créancier, que par rapport à la chose même qui a été l'objet de la convention, et non de ceux que l'inexécution de la convention a pu d'ailleurs occasionner au créancier. Ainsi, dans le cas où je vous aurais passé bail pour neuf années, d'une maison dont je me croyais propriétaire, et qu'au bout de six années le véritable propriétaire fût rentré en possession de la maison, et vous eût obligé à déloger, je serais tenu envers vous des Dommages et Intérêts résultans des frais qu'il vous aurait fallu faire pour déloger, et de ceux qui résulteraient de ce que le prix des loyers aurait augmenté depuis le bail : cette décision est fondée sur ce que ces Dommages et Intérêts auraient un rapport prochain à la jouissance dont vous auriez été privé.

Mais si, depuis le bail, vous aviez établi un commerce dans la maison dont il s'agit, et que l'inexécution du bail eût porté préjudice à ce commerce, je ne serais pas tenu de vos Dommages et Intérêts à cet égard. La raison en est que ce préjudice n'ayant pas été prévu lors du contrat, il ne serait pas juste que j'en fusse responsable.

[[Remarquez d'ailleurs avec le Code Napoléon, art. 1151, que « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les Dommages et Intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation. »]]

Il y a néanmoins des cas où le débiteur [[lors même qu'il n'y a point de dol à lui reprocher]], peut être tenu des Dommages et Intérêts du créancier, quoiqu'ils n'aient pas un rapport prochain à la chose même qui a été l'objet de la convention. Il suffit pour cela qu'il paraisse qu'ils ont été prévus lors du contrat, et que le débiteur s'est obligé expressément ou tacitement à en répondre dans le cas où il ne remplirait pas son engagement. Si, par exemple, vous vendez des chevaux à un chanoine, et que vous vous obligiez à les lui livrer assez à temps pour qu'ils puissent le conduire au lieu de son bénéfice le jour où il est nécessaire qu'il y arrive, sous peine de perdre les gros fruits, il est évident que si ce chanoine vient à faire cette perte parceque vous n'aurez pas exécuté la convention, il sera juste que vous le dédommagiez. La raison en est que le préjudice qu'il souffre a été prévu par la convention, et que vous êtes présumé en avoir répondu dans le cas où vous ne rempliriez pas votre obligation.

Lorsque les Dommages et Intérêts ne se rapportent qu'à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, ils ne doivent pas être taxés au-delà du double de la valeur de cette chose, en y comprenant cette valeur. Cette décision est fondée sur la loi 1, C. *de sententiis quæ pro eo quod interest*, et Dumoulin l'a adoptée.

Vous avez acheté, par exemple, pour dix mille écus, une forêt dont le produit annuel n'était que de douze cents livres, parceque, dans le voisinage de cette forêt, le bois était à vil prix lorsque vous avez fait votre acquisition. Quelque temps après on

Digitized by Google

a découvert près de cette forêt une mine de fer qui a donné lieu à construire des forges, pour l'exploitation desquelles vos bois ont été tellement recherchés, que la valeur de votre forêt s'est portée à cent mille livres, ce qui fait 70,000 livres au-delà de ce qu'elle vous a coûté : il est clair que si vous venez à être évincé de cette acquisition, les Dommages et Intérêts qui vous résulteront réellement, seront de cette somme de 70,000 livres; cependant, en vertu de la loi de Justinien citée plus haut, on ne doit condamner le vendeur à vous payer pour Dommages et Intérêts qu'une somme égale à celle que vous lui avez délivrée pour l'acquisition de la forêt : il faudra par conséquent qu'il vous rembourse 60,000 livres, et rien de plus.

Le principe qui appuie cette décision, consiste en ce que les obligations qui dérivent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or, un débiteur en s'obligeant aux Dommages et Intérêts résultans de l'inexécution de son obligation, est présumé n'avoir voulu s'obliger que jusqu'à concurrence de la somme à laquelle il a pu prévoir que pourraient monter au plus haut ces Dommages et Intérêts, et non au-delà; ainsi, lorsqu'ils se trouvent monter à une somme exorbitante et à laquelle on n'a pas pu raisonnablement penser qu'ils monteraient, on doit les réduire à la somme qui a pu être prévue.

Il faut néanmoins observer que la loi de Justinien, en ce qu'elle réduit précisément au double de la valeur de la chose les Dommages et Intérêts exorbitans, n'a pas force de loi parmi nous; [[et le Code Napoléon ne l'a point remise en vigueur]]; mais le principe sur lequel elle est fondée, étant un principe qui émane de l'équité naturelle, on doit s'y conformer, et en conséquence modérer les Dommages et Intérêts, lorsqu'ils se trouvent excessifs, en laissant cette modération à l'arbitrage du juge.

Observez aussi que la réduction des Dommages et Intérêts au double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne s'applique qu'aux Dommages et Intérêts dus par rapport à cette chose seulement, et non à ceux que le créancier a pu souffrir dans ses autres biens, lorsque le débiteur s'y est expressément ou tacitement obligé. Il est possible que ceux-ci excèdent de beaucoup, non seulement le double, mais encore le quadruple de la chose qui a fait le sujet de l'obligation primitive. Par exemple, les Dommages et Intérêts qui résultent de la perte du vin que vous avez mis dans de mauvais tonneaux qu'un tonnelier vous a vendus, peuvent excéder plus de trente fois la valeur des tonneaux; et le tonnelier doit être condamné à vous payer ces Dommages et Intérêts. La raison en est, qu'étant responsable, en sa qualité de tonnelier, de la bonté des tonneaux qu'il vous a vendus, il s'est tacitement chargé du risque de la perte de votre vin.

Cependant, lorsque ces Dommages et Intérêts même se trouvent exorbitans, le juge ne doit pas condamner le débiteur au-delà de la somme à laquelle il a pu croire qu'ils pourraient monter au plus haut. Ainsi, dans le cas où vous auriez mis dans un tonneau vicié quelque vin étranger ou une liqueur d'un prix considérable, le tonnelier ne serait pas tenu de vous indemniser en entier de la perte de ce vin ou de cette liqueur; on réglerait votre dédommagement sur le pied de la valeur d'un tonneau du vin le meilleur du pays. La raison en est qu'en vous vendant un tonneau, le tonnelier ne peut pas être censé avoir intention de se charger d'un autre risque, attendu qu'il n'a pu prévoir que vous mettriez dans ce tonneau une liqueur d'un prix plus considérable.

Ce que nous avons dit au sujet de la modération des Dommages et Intérêts, ne s'applique point à ceux qui dérivent du dol. Dans ce cas, le débiteur est tenu indistinctement de tous ceux auxquels son dol a donné lieu, soit que le créancier les ait soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, ou par rapport à ses autres biens. Par exemple, si un marchand vous vend un cheval qu'il sait être infecté d'une maladie contagieuse, et qu'il vous ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part qui le rend responsable, non seulement de la perte que vous avez soufferte dans le cheval même qu'il vous a vendu, mais encore de celle qui a été occasionnée par la communication du mal à vos autres chevaux.

VIII. Suivant l'art. 4 du tit. 3 du liv. 3 de l'ordonnance de la marine, du mois d'août 1681, le maître qui déclare son vaisseau d'un plus grand port qu'il n'est, doit répondre des Dommages et Intérêts du marchand.

Si le maître n'était pas obligé de garantir le port qu'il attribue à son navire, il est évident qu'il pourrait impunément constituer en perte l'affréteur, qui, ayant réglé son chargement sur le port déclaré, se trouverait embarrassé des marchandises qu'il n'aurait pas pu placer dans le vaisseau.

Observez néanmoins que, si la déclaration du port du vaisseau n'excédait que du quarantième le port effectif, l'affréteur ne pourrait prétendre de Dommages et Intérêts. C'est ce qui résulte de l'art. 5 du titre cité.

[[On trouvera au mot *Fret*, les dispositions du Code de commerce qui sont relatives à cette matière.]]

IX. Suivant les lois romaines, ceux qui intentaient des procès évidemment injustes, devaient être condamnés à des Dommages et Intérêts outre les dépens. François 1er trouva ces dispositions si judicieuses, que, par l'art. 88 de son ordonnance de 1539, il voulut qu'en toute matière on adjugeât des Dommages et Intérêts proportionnés à la témérité de l'action de celui qui succomberait; mais cette loi est tombée en désuétude, et le juge ne prononce ordinairement de Dommages et Intérêts que proportionnellement au préjudice ou à la perte que souffre celui à qui il les adjuge.

X. Le juge peut liquider les Dommages et Intérêts en jugeant le principal, si la matière y est disposée; sinon, il doit ordonner qu'ils seront estimés par ex-

Digitized by Google

perts, ou que la partie qui les demande les détaillera dans une déclaration, pour être accordés ou contestés. [[*V.* le Code de procédure civile, art. 128 et 523.]]

Les Dommages et Intérêts ont-ils les mêmes privilèges et hypothèques que le principal dont ils font l'accessoire? *V. Hypothèque.* (M. Guyot.) *

[[Lorsque les Dommages-Intérêts dérivent d'un délit, l'héritier du délinquant en est-il tenu? Cette question est traitée à l'article *Délit*, §. 9.

V. au surplus *Peine contractuelle, Délit forestier, Délit rural, Quasi-Délit, Contrainte par corps, Désaveu, Récusation, Prise à partie, Calomnie, Injure, Dénonciateur, Plainte, Réparation civile, Communauté d'habitans, Nullité, Eviction, Garantie, Vente, Expert, Règlement de juges, Tribunal de police*, etc.]]

DON ABSOLU, DON AU DROIT ET AINÉ HOIR. Ces termes, qui sont en usage dans le Hainaut, signifient la même chose que donation simple et donation en avancement d'hoirie.

La première question que présente cette matière, est de savoir quelles sont les personnes que la jurisprudence du Hainaut autorise à donner absolument, et quelles sont celles à qui elle ne permet que de donner à leurs droits et aînés hoirs.

Le principe général est que tous ceux qui peuvent aliéner, sont les seuls qui puissent donner absolument. Mais l'incapacité d'aliéner n'emporte pas toujours avec elle celle de donner à son droit et aîné hoir. L'art. 1er du chap. 93 des chartes générales porte que « celui qui possède fief de patrimoine ou acquêt pourra, en quel état qu'il soit....., disposer par déshéritance au profit de son fils aîné ou fille aînée, à faute d'icelui, de l'un de ses fiefs, et l'en faire adhériter comme son droit et aîné hoir.... le semblable pourra faire une femme vefve pour fief qui lui appartiendrait..... »

La séparation de corps produit en Hainaut le même effet que la viduité. Elle rend les conjoints qui ont des enfans, incapables de disposer des biens acquis avant qu'ils fussent dans cet état; c'est ce qui résulte de l'art. 8 du chap. 121 des chartes générales; mais, suivant le même article, « les divorcés, aussi-bien la femme que l'homme durant ledit divorce, pourront désheriter fief au profit de leur droit et aîné hoir. »

Les mots *droit et aîné hoir*, employés dans les dispositions qu'on vient de retracer, font assez entendre que les donations faites aux heritiers présomptifs des biens qui y sont compris, sont les seules donations que les incapables d'aliéner puissent faire. Ainsi, un veuf qui a plusieurs enfans, ne peut donner un fief à son puîné, quand même il emploierait dans l'acte la qualification de droit et aîné hoir, c'est-à-dire, quand même il stipulerait que c'est un avancement d'hoirie.

Par une suite du même principe, un veuf avec enfans qui a plusieurs fiefs, n'en peut donner qu'un à son aîné, quand même il en aurait plusieurs, parcequ'en Hainaut les biens de cette nature se partagent par choix entre les enfans, de manière que l'aîné prend d'abord celui qui lui plaît davantage, et que les puînés choisissent ensuite, suivant le rang que leur donne leur âge.

Mais voici une autre question. Un veuf qui survit à son fils aîné, peut-il donner un fief aux petits-enfans que celui-ci a laissés, comme à ses droits et aînés hoirs? Il faut décider qu'il ne le peut pas: on vient de voir que les incapables d'aliener ne peuvent faire ces sortes de donations qu'aux héritiers présomptifs des biens qui en sont l'objet. Or, dans l'espèce proposée, les petits-enfans ne sont pas héritiers présomptifs du fief en question; car, suivant l'art. 5 du chap. 90, la représentation n'a point lieu dans les successions féodales.

De là résulte une conséquence fort simple. Tout propriétaire peut donner, comme à son droit et aîné hoir, un fief à celui de ses fils qui se trouve l'aîné au temps de la donation, quoiqu'il ait des petits-enfans d'un autre fils plus âgé et prédecédé, parcequ'à la mort de celui-ci, la qualité d'héritier présomptif a passé de sa tête sur celle de son puîné immédiat. Aussi l'art. 1 du chap. 93 permet-il de donner comme à son droit et aîné hoir, quand même on aurait *eu autres enfans plus aînés décédés, et que d'icelui fût demeuré génération.*

Les Dons absolus diffèrent encore en plusieurs autres points des Dons au droit et aîné hoir.

Les premiers rendent les biens qui en sont l'objet, acquêts dans les mains des donataires; et les seconds les rendent propres; les art. 1 et 2 du chap. 93 des chartes générales établissent clairement cette différence. C'est d'après le même principe qu'a été formé l'art. 105 de la coutume de Valenciennes; il porte: « tous Dons d'héritages ou autres immeubles, autres que faits en avancement de succession en ligne directe, sont réputés pour acquêts. »

Tous ces textes ne parlent que des donations faites en ligne directe. Que doit-on dire donc d'une donation faite en ligne collatérale? Si elle est absolue, c'est-à-dire, pure et simple, les biens qu'elle comprend seront certainement acquêts dans le donataire; car s'ils sont tels dans ce cas en ligne directe, à plus forte raison doivent-ils l'être en ligne collatérale.

La question n'est pas si claire dans le cas où la donation faite en ligne collatérale, contient expressément la clause d'avancement d'hoirie. Il semble d'abord qu'un acte de cette espèce ne peut former des propres, parceque les textes cités n'attribuant cet effet qu'aux donations en ligne directe, paraissent le refuser aux donations en ligne collaterale, suivant la règle *inclusio unius est exclusio alterius.* Les chartes générales semblent même le décider nettement ainsi; car on lit dans l'art. 2 du chap. 93, *que Don est réputé pour acquêt:* cette disposition est générale; l'article précedent en excepte à la vérité les donations en avancement d'hoirie; mais ce n'est qu'en faveur de la ligne directe; et puisqu'il est de la nature d'une exception de confirmer la règle dans les cas non exceptés, il semble qu'on doit regarder

Digitized by Google

les donations faites en ligne collatérale, même avec la clause dont il s'agit, comme soumises à la règle : *Don est réputé pour acquêt.*

Nous croyons cependant que ni la coutume de Valenciennes, ni les chartes du Hainaut ne sont assez précises, pour que l'on puisse en tirer une conséquence aussi opposée au droit commun.

1° Il nous paraît que si la coutume de Valenciennes déclare propres les biens donnés en ligne directe, avec la clause d'avancement d'hoirie, ce n'est pas dans la vue de placer dans la classe des acquêts les biens donnés en ligne collatérale par forme de succession anticipée, mais pour faire connaître qu'elle n'admet point la maxime du droit commun, que les donations en ligne directe forment des propres sans le secours de la clause en question : en effet, si elle avait dit simplement que *tous Dons d'héritages, autres que faits en avancement de succession, sont réputés pour acquêts*, on aurait pu douter si les donations en ligne directe étaient comprises dans cette disposition, et l'on aurait pu juger pour la négative, comme a fait le parlement de Paris, par arrêt du 3 avril 1635, rapporté au Journal des audiences, en interprétant l'art. 60 de la coutume d'Amiens conçu en ces termes : « Tous legs et donations testamentaires à ce titre appréhendés, sont censés, tenus et réputés acquêts au légataire. »

2° Il est vrai que les chartes du Hainaut disent, en termes généraux et indéfinis, que les donations sont réputées acquêts; mais il ne faut pas prendre cette disposition à la lettre, et, pour l'apprécier avec justesse, il faut voir comment elle est amenée. — L'art. 1 du chap. 93 commence par décider que les donations en ligne directe, faites par avancement d'hoirie, ne donnent point ouverture aux droits seigneuriaux, et que les donateurs, en cas de prédécès des donataires, ne peuvent succéder aux biens qui y sont compris; et l'on en conclud, suivant les principes particuliers à cette province, que ces sortes de donations forment des propres. — L'art. 2 déclare ensuite qu'il en est autrement des Dons absolus, qu'ils sont soumis aux droits seigneuriaux, et que si les donataires meurent avant les donateurs, les biens retournent à ceux-ci; et il en donne cette raison, *d'autant que Don est réputé pour acquêt.* Cette raison est générale, mais elle doit être entendue *secundùm subjectam materiam* : l'article dont elle forme la conclusion, n'a pour objet que les donations absolues; elle ne peut donc être appliquée aux donations en avancement d'hoirie, et par conséquent on ne peut en inférer que ces actes ne forment que des acquêts en ligne collatérale. Tout ce qui pourrait résulter de cet article et du précédent, c'est que les chartes générales ne se seraient pas expliquées sur la nature des biens donnés en ligne collatérale; et dans ce cas, ce serait au droit commun qu'il faudrait recourir.

Mais il s'en faut bien que cette coutume soit muette sur cet objet. Elle annonce au contraire, par un texte précis, qu'elle ne met à cet égard aucune différence entre la ligne directe et la ligne collatérale. Ce texte est l'art. 3 du chap. 95. Voici comment il est conçu : il s'agit du retrait lignager : « Et se pourra faire ladite retraicte par ledit plus prochain en degré du lignage audit vendeur, quoique vendage *ou Don* dudit fief fût fait à un du lignage au vendeur, ne soit que l'acheteur *ou donataire* étant dudit lignage faisant ledit acquêt, déclare d'avoir fait l'achat pour tenir sa côte et ligne. »

On dira sans doute que l'exclusion du retrait dans le cas d'une donation ou d'une vente faite avec la clause de côte et ligne, ne prouve pas que l'héritage ainsi donné ou acheté soit propre à l'acheteur; et à ce propos on ne manquera pas d'alléguer un arrêt du 16 février 1647, rapporte au Journal des audiences, qui a jugé qu'un bien acquis par un lignager était acquêt dans sa succession, quoiqu'il n'eût pas été sujet au retrait.

Notre réponse est simple. Suivant l'esprit général des coutumes de France, le retrait n'a pas lieu dans le cas d'une vente, même pure et simple, faite à un parent de la ligne dont provient l'héritage, parce qu'il suffit pour l'exclure, que cet héritage ne sorte pas de la ligne, quoiqu'il perde sa qualité de propre. L'arrêt cité a été rendu dans une de ces coutumes, et la décision en est très juste. Le lignager n'a acquis cet héritage que de la même manière qu'un étranger aurait pu le faire; il est bien vrai que le droit du sang le garantit du retrait, mais ce droit n'est pas le principe de sa possession, il ne sert que d'exception pour la conserver; l'héritage ne peut donc lui être propre. — Mais en Hainaut tout est bien différent. Les chartes générales ne se contentent pas, pour exclure le retrait, que la vente ou la donation ne fasse pas sortir le bien de la ligne, elles veulent encore qu'il y conserve la qualité de propre; c'est ce qu'elles annoncent clairement, lorsqu'elles exemptent du retrait les donations et les ventes faites avec la clause de tenir côte et ligne, et qu'elles y assujettissent celles qui sont faites purement et simplement. Si l'intention de ces lois n'était pas de conserver aux héritages leur qualité de propres, et si, comme les autres coutumes, elles bornaient leur objet à les retenir dans leurs lignes respectives, il suffirait, pour fermer la porte au retrait, que les donations et les ventes fussent faites en faveur d'un lignager, et il ne serait pas plus nécessaire en Hainaut qu'ailleurs, d'ajouter aux actes la clause de tenir côte et ligne.

La raison pour laquelle une donation et même un achat fait avec cette clause, conserve aux biens leur qualité de propres, se présente d'elle-même. On sait qu'en Hainaut les donations ne sont pas plus exemptes du retrait que les ventes; et que les biens retraits sont propres aux retrayans, quand même ceux-ci ne seraient pas les plus proches parens de celui qui a aliéné. Les art. 3 et 10 du chapitre cité mettent ces deux principes en évidence. Or, une donation et une vente faites avec la clause de côte et ligne, doivent produire le même effet que le retrait. Lorsqu'une personne veut bien vendre ou don-

Digitized by Google

ner à l'un de ses lignagers un héritage propre, à condition qu'il ne perde point sa qualité en changeant de possesseur, il serait inutile de commencer par le vendre à un étranger pour fournir à son lignager l'occasion de le retraire sur lui. Il vaut bien mieux éviter les circuits inutiles, et supposer que l'héritage acheté ou donné avec la clause de côte et ligne, a passé *per fictionem brevis manûs*, des mains du vendeur ou donateur dans celles d'un étranger, et qu'ensuite il a été retrait par l'acheteur ou donataire.

De ce que les Dons absolus forment des acquêts, et les Dons au droit et aîné hoir des propres, résultent deux nouvelles différences entre les uns et les autres.

Les Dons absolus sont soumis aux droits seigneuriaux, même en ligne directe, comme le décide formellement l'art. 2 du chap. 93; les Dons au droit et aîné hoir en sont exempts; c'est la disposition textuelle de l'art. 1 du même chapitre. Ces deux décisions ne sont que des conséquences immédiates de l'art. 1 du chap. 104, lequel assujettit aux lots et ventes les donations qui forment des acquêts.

Les biens compris dans un Don absolu fait par un père à son fils, retournent au père dans le cas de prédécès du fils; au lieu que ceux qui font l'objet d'un Don au droit et aîné hoir, n'y retournent pas. Ces deux points sont ainsi réglés par les art. 1 et 2 du chap. 93, lesquels sont une suite naturelle de l'art. 1 du chap. 92, qui n'attribue à un père le droit de succéder à son fils que dans les acquêts.

Il nous reste à examiner si les donations faites par un père à son fils, en faveur du mariage de ce dernier, mais sans la clause du droit et aîné hoir ou d'avancement d'hoirie, forment des propres ou des acquêts. — Nous croyons qu'il n'y a à cet égard rien de particulier à ces sortes de donations, et qu'elles ne doivent être regardées comme faites au droit et aîné hoir, que quand cela est exprimé formellement; car, 1° la coutume de Valenciennes déclare acquêts *tous Dons d'héritages* qui sont faits autrement que par forme de succession anticipée, et qui dit tout n'excepte rien : 2° les chartes générales du Hainaut s'expliquent assez clairement sur cette question : l'art. 17 du chap. 104 porte « que si père ou mère donne par Don absolu à aucun sien enfant en advancement de mariage, quelque fief pour en jouir prêtement, le seigneur de qui ledit fief sera tenu, pourra prétendre demi-droit pour droit seigneurial, dès que le donataire en sera adhérite ou en possession annale. » Il résulte de ce texte, que les donations en faveur de mariage sont à la vérité privilégiées, puisqu'elles ne sont soumises qu'à un demi-droit seigneurial; mais qu'elles ne peuvent former des propres, quand elles sont faites en termes absolus. En effet, nous avons vu que les donations en avancement d'hoirie qui se font par des actes ordinaires, sont exemptes de tous droits seigneuriaux, parcequ'elles forment des propres; à plus forte raison les donations faites par contrat de mariage, jouiraient-elles de la même exemption, si les biens qui en sont l'objet devenaient propres ou donataires.

V. Condition de Manbournie, Dévolution Coutumière, Command, Avancement d'Hoirie, Rapport, Hainaut, Valenciennes.

[[Et mon *recueil des Questions de Droit*, t. 2, page 556.

On sait assez que depuis la loi du 17 nivose an 2, il n'y a plus de différence entre les acquêts et les propres. *V. Acquêts et Biens.*]]

DON DE BAPTÊME. Terme employé dans les Pays-Bas pour désigner les donations faites par les parrains et leurs marraines à leurs filleuls.

Les dépenses excessives que les baptêmes occasionnaient autrefois dans ces provinces, ont fait rendre les placards des 7 octobre 1531 et 30 janvier 1545, par lesquels les donations faites par les parrains et marraines à leurs filleuls, sont déclarés nulles et de nul effet, quand elles excèdent la somme modique de trois florins.

La nullité prononcée par ces lois, ne tombe que sur les donations faites dans le temps du baptême ou immédiatement après, parcequ'elles sont censées n'avoir pour but que d'engager les parens à des repas dispendieux, que ces lois purement somptuaires ont voulu interdire : à l'égard des donations dont l'époque est postérieure de quelque temps à celle du baptême, comme elles ne sont pas censées faites par le même motif, rien ne peut en empêcher l'effet. Aussi n'a-t-on jamais douté en Flandre qu'un filleul ne pût être institué légataire universel ou particulier par son parrain.

Les placards cités ont éprouvé dans plusieurs parties des Pays-Bas le sort ordinaire aux lois faites pour arrêter les progrès du luxe. Ils sont restés sans exécution. Les Dons de baptême sont même permis par plusieurs coutumes dont l'homologation a été faite par la même autorité qui les avait proscrits.

De là naît la question de savoir si, dans ces coutumes, les Dons de baptême appartiennent aux enfans ou aux pères et aux mères. Tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière, tels que Voet le père, en ses observations sur les Institutes, Voet le fils, en son commentaire sur le Digeste, Abraham de Wesel sur les ordonnances d'Utrecht, Groeneweghen *de Legibus abrogatis*, prétendent que ces donations n'étant faites qu'en considération des pères et des mères, eux seuls doivent en profiter, à moins que les parrains et les marraines n'aient manifesté une intention contraire; et telle est la disposition précise et textuelle de la coutume d'Anvers, tit. 41, art. 66. Sommeren, conseiller au conseil d'Utrecht, et auteur d'un traité sur les belles-mères, va même jusqu'à dire que dans la coutume d'Utrecht, qui adjuge à l'aîné un vase d'or ou d'argent par preciput, celui-ci pourrait s'approprier, dans la succession du père commun, un effet de cette espèce qui aurait été donné à l'un de ses frères.

Quelque générale que soit cette opinion, elle ne nous paraît pas bien fondée. Un père ne peut rien prétendre aux choses données à ses enfans, à moins

Digitized by Google

qu'une loi particulière ne les lui adjuge en conséquence de la puissance paternelle : ainsi le seul point qu'il y ait à examiner dans un Don de baptême par rapport à la question proposée, est si le Don a été fait aux parens ou aux enfans. Dans le premier cas, point de doute qu'il n'appartienne aux parens ; mais dans le second, ils n'y ont de droit qu'autant que la puissance paternelle les autorise à s'en emparer.

La coutume de Bergopzoom, tit. 14, art. 33, distingue les meubles d'avec les immeubles ; elle donne les uns aux parens, et les autres aux enfans. — Cette distinction rentre assez dans notre principe. — Il est rare que l'on fasse un acte pour donner un effet mobilier ; tout se consomme par la tradition qui s'en fait des mains du donateur entre celles du donataire : et comme dans ce cas il n'y a rien qui constate que la donation ait été faite à l'enfant, on la présume faite aux parens qui sont en possession de l'effet donné, parceque la seule possession vaut un titre en matière de meubles. — Mais quand l'objet de la donation est un immeuble, l'enfant étant indiqué dans l'acte comme celui à qui elle est faite, c'est à lui que l'immeuble doit appartenir ; et, par la même raison, si un parrain donnait par acte authentique quelques effets mobiliers à son filleul, quoiqu'immédiatement après le baptême, les parens n'auraient rien à y prétendre.

Cette vérité, que les jurisconsultes flamands et hollandais semblent affecter de méconnaître, est parfaitement sentie dans les tribunaux saxons qui ne distinguent même pas entre les meubles et les immeubles, et donnent à l'enfant une hypothèque tacite sur les biens de son père et de sa mère pour le reconvrement des effets mobiliers qui lui ont été donnés par son parrain et sa marraine.

V. Zypœus, Notitia juris Belgici ; *les Consultations de M. Waimel du parc ; Giurba en ses Observations ; Busius sur le Digeste ; Tulden, sur les Institutes ; Carpzow, en sa Jurisprudence consistoriale et ses Constitutions forenses*, et les autres auteurs cités dans cet article.

[[La doctrine qu'on vient d'établir, est confirmée par le Code Napoléon, art. 389 et 2121.]]

* DON CORROMPABLE. On a ainsi appelé, dans l'ancien style, les présens faits aux juges ou magistrats pour les corrompre.

Ces sortes de Dons ont été odieux chez toutes les nations. Les juges qui en recevaient à Athènes, devaient être condamnés à payer à la partie lésée le double de ce qu'ils lui avaient fait perdre.

Cette peine parut insuffisante aux décemvirs lorsqu'ils rédigèrent la loi des douze tables : c'est pourquoi ils ordonnèrent qu'un juge qui aurait reçu de l'argent ou des présens pour juger, serait puni de mort.

Mais dans la suite, on se relâcha de la sévérité de la loi des douze tables. Lorsque le juge était convaincu d'avoir été corrompu par argent ou par présens, et d'avoir rendu en conséquence un jugement injuste, on le condamnait, si son jugement concernait une matière civile, à la restitution du triple et à perdre son office : si sa prévarication avait rapport à une matière criminelle, on le bannissait et l'on confisquait ses biens.

En France, il a été défendu, dans tous les temps, aux magistrats et aux autres juges, d'exiger et même de recevoir aucun présent des parties litigantes.

Il paraît néanmoins que les anciennes ordonnances n'avaient point à cet égard porté aussi loin que les nouvelles, le scrupule et la délicatesse. En effet, on voit, par l'art. 40 de l'ordonnance de Philippe-le-Bel, du 23 mars 1302, confirmée par le roi Jean au mois d'octobre 1351, que les baillis et les autres juges devaient faire serment de ne recevoir directement ni indirectement aucun Don, quel qu'il fût, sinon des choses à manger on à boire ; mais ils ne devaient recevoir de ces choses que modérément, et de manière qu'elles pussent être consommées en un seul jour sans dissipation. S'ils recevaient du vin, ce ne pouvait être qu'en barils ou en bouteilles, sans aucune fraude, et il ne leur était pas permis de vendre le superflu. Telles sont les dispositions de l'art. 42 de l'ordonnance citée.

Il leur était aussi défendu, par l'art. 43, d'emprunter d'une partie litigante actuellement, ou qui était sur le point d'avoir un procès par-devant eux, sinon jusqu'à concurrence de 50 livres tournois, et à condition de les rendre dans deux mois, quand même le créancier aurait voulu prolonger le crédit plus long-temps.

Suivant l'art. 44, ils devaient prêter serment de ne faire aucun présent directement ou par personnes interposées, aux officiers députés du conseil pour aller informer de leur administration.

L'art. 48 défendait aux baillis et aux sénéchaux de recevoir des officiers qui leur étaient subordonnés, aucun gîte, repas, droit de procuration ni autre Don.

Enfin il leur était défendu, par l'art. 49, de recevoir des personnes religieuses domiciliées dans l'étendue de leur administration, aucun présent, pas même des choses à manger ou à boire ; cette loi leur permettait seulement d'en recevoir une fois ou deux l'année, au plus, et lorsqu'ils en avaient été instamment priés, des chevaliers, seigneurs, bourgeois et autres personnes riches et considérables.

L'ancienne formule du serment que prêtait le chancelier de France au roi, porte, *qu'il ne recevra robes, pensions ou profits d'aucun seigneur et dame, sans la permission du roi, et qu'il ne prendra aucun Don corrompable.*

On faisait prêter le même serment à tous les officiers royaux. Il y a à la chambre des comptes une ordonnance de l'an 1454, qui défend à tout officier de recevoir aucun Don corrompable, sous peine de privation de son office.

L'ordonnance d'Orléans, du mois de janvier 1560, defend, art. 43, à tous les juges, avocats et procureurs du roi, tant des cours souveraines que des sièges subalternes et inférieurs, de prendre ni

Digitized by Google

de son douaire conventionnel, sur les immeubles qui ont été l'objet de ce Don.

Nous disons *de son douaire conventionnel;* car il n'y a plus de douaire coutumier. *V. Douaire.*]]

VII. Par arrêt du 21 mai 1757, rendu entre le sieur de Roncherolles et son épouse, le grand-conseil a jugé que, quoiqu'une femme se fût fait séparer de corps et de biens pour cause de sévices et de mauvais traitemens, le Don mobil n'était pas révoqué.

Mais cet arrêt est opposé à la jurisprudence qu'on suit en Normandie. C'est ce que justifie l'acte de notoriété que le parlement de Rouen a donné, le 9 mars 1651, pour faire voir qu'un arrêt rendu au parlement de Paris, et attaqué par la voie de requête civile, avait bien jugé en déclarant révoqué le Don mobil accordé à un mari par une femme qui avait fait prononcer entr'elle et lui une séparation de corps et de biens, et en condamnant le mari à restituer ce Don mobil avec les intérêts. — Cet acte de notoriété contient, entre autres choses, ce qui suit:

« Ce qui s'appelle en Normandie Don mobil, est une donation *sub modo, mutuum synallagma, do ut des, facio ut facias.* La femme fait le Don mobil au mari, parceque le mari se charge de tous les frais du mariage, et que par ce moyen, non seulement la femme conserve sa dot, et doit être nourrie et entretenue selon sa condition, pendant le mariage, sans qu'elle soit tenue d'aucune chose, mais encore elle mérite de prendre part aux meubles, acquêts et conquêts du mari, le cas échéant, laquelle part excède souvent le Don mobil de beaucoup. De sorte que les raisons du Don mobil venant à cesser comme au fait présent (qui était une séparation d'habitation), auquel la femme est privée de la consolation qu'elle s'etoit promise du mariage, et est obligée de se nourrir et entretenir, par le moyen de quoi le mari n'a plus de frais de mariage à supporter, l'effet en doit pareillement cesser, et le mari en est justement privé. — En second lieu, quand même cette donation serait considérée comme pure et simple, l'arrêt qui a jugé la séparation et la plainte de la femme, est une conviction d'ingratitude contre le mari envers elle, laquelle de droit donne lieu à la révocation de la donation. — Enfin la coutume punissant la femme par la privation de son douaire et autres avantages, quand le divorce arrive par sa faute, il en faut conclure qu'à plus forte raison lorsque le divorce a lieu par la faute du mari, il doit être privé de l'avantage qui lui était fait par la femme; il suffit que cette faute ait été jugée suffisante; et si la coutume n'a pas exprimé le cas de la faute du mari, comme elle a fait celui de la faute de la femme, c'est qu'on n'a pas voulu faire cette injure à l'homme, et prévoir qu'il dût être cause de son divorce; mais toujours les dispositions qui sont contre la femme, s'expliquent contre lui, lorsqu'il tombe dans la même faute, et qu'il cause le divorce. » [[*V.* le Code Napoleon, art. 299; et *Ingratitude.*]]

VIII. Le Don mobil est sujet à l'insinuation; mais le défaut de cette formalité ne le rend pas nul.

Par l'art. 74 du règlement du 6 avril 1666, appelé *placités*, le parlement de Normandie avait déclaré que le Don mobil n'était point assujetti à la formalité de l'insinuation, sur le fondement que c'était une clause favorable et ordinaire, quoique ce fût une donation entre-vifs qui saisit irrévocablement le mari. Mais les déclarations des 20 mars 1709, 25 juin 1729, 17 février 1731 ont spécialement assujetti le Don mobil à l'insinuation et au paiement des droits, sans toutefois que le défaut d'insinuation en pût opérer la nullité. (M. Guyot.) *

[[Cela signifie en d'autres termes, que le Don mobil est soumis à l'insinuation bursale, mais affranchi de l'insinuation legale.

L'insinuation bursale est aujourd'hui remplacée par l'enregistrement, et l'insinuation légale est abolie par le Code Napoléon. *V. Donation*, sect. 6, §. 2.

Mais remarquez qu'avant la publication du Code Napoléon, le Don mobil n'était affranchi de l'insinuation légale, que pour les biens régis par le statut normand; et qu'il y était assujetti, à peine de nullité, pour les biens situés hors de la Normandie. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement de Paris, des 26 février 1763 et 2 juin 1767, rapportés dans la dernière édition de Denizart, au mot *Don mobil.*

Le premier de ces arrêts est aussi rapporté par Houard, *Dictionnaire de droit normand*, tome IV, page 10 des *additions.*

Ceux qui voudront approfondir l'ancienne jurisprudence sur le Don mobil, pourront consulter le même Dictionnaire, tome I, pages 641 à 642.]]

* DON MUTUEL. C'est une convention faite entre deux conjoints depuis le mariage, en vertu de laquelle le survivant joint ordinairement par usufruit, sa vie durant, de la moitié des biens de la communauté appartenante aux héritiers du prédecédé. — [[Il y a des pays où cette convention est désignée par le mot *entravertissement* ou *ravertissement.* V. *entravertissement.*]]

Nous diviserons cet article en huit paragraphes.

Dans le premier, nous parlerons de l'origine du Don mutuel, de sa nature, des différences principales qu'il y a entre les coutumes qui le permettent, [[et des changemens qu'y ont apportés les nouvelles lois]]; — Dans le deuxième, de la forme du Don mutuel et des personnes entre lesquelles il peut avoir lieu; — Dans le troisième, de l'insinuation du Don mutuel; — Dans le quatrième, des caractères que doit avoir le Don mutuel, et des choses qui en peuvent être l'objet; — Dans le cinquième, des conditions d'où dépend le Don mutuel, du temps auquel il est ouvert, et de la manière dont les donataires en sont saisis; — Dans le sixième, des charges et des obligations auxquelles est assujetti le donataire mutuel; — Dans le septième, de quelle manière se terminent les effets du Don mutuel; — [[Dans le huitième, d'une disposition particulière que renferme sur cette matière la coutume de Bar-sur-Ornaing.]]

Digitized by Google

§. I. ***Origine du Don mutuel. — Le Don mutuel est-il une donation entre-vifs ou une donation à cause de mort? — Différences principales qu'il y a entre les coutumes qui le permettent. — [[Changemens que les lois nouvelles y ont apportés.***]]

I. Le Don mutuel était inconnu chez les Romains : les conjoints avaient toute liberté de s'avantager par testament, mais ils ne pouvaient rien se donner entre-vifs, [[au moins irrévocablement.]] Ainsi, il paraît que l'usage du Don mutuel nous est venu des Germains; en effet, on le pratiquait déjà en France sous la première race de nos rois, comme on le voit par le chap. 12 du liv. 1 des formules de Marculphe.

Cette sorte de convention a été introduite afin que lorsqu'il n'y avait point d'enfans, le survivant n'eût pas le chagrin de voir passer à des collatéraux héritiers du prédécédé la moitié du fruit des travaux communs des conjoints, et que ceux-ci concourussent, par leurs soins, à augmenter la communauté dans l'espérance que chacun d'eux pourrait jouir de la totalité en vertu du Don mutuel.

[[II. Sur la question de savoir si le Don mutuel est une donation entre-vifs ou une donation à cause de mort, *V.* le plaidoyer du 14 prairial an 13, rapporté ci-après, §. 3.]]

III. La coutume de Paris et plusieurs autres n'autorisent le Don mutuel que dans le cas où les conjoints n'ont aucun enfant lors de la dissolution du mariage.

D'autres coutumes, telles que celles de Reims et de Péronne, autorisent le Don mutuel entre conjoints dans tous les cas, soit qu'il y ait des enfans *nés de leur mariage* ou qu'il n'y en ait pas.

D'autres coutumes, telles que celles de Poitou et de Mantes, autorisent bien le Don mutuel entre les conjoints, mais chacun d'eux a la faculté de le révoquer sans le consentement de l'autre; il suffit de notifier de son vivant la révocation.

Suivant la coutume de Dunois, il faut, pour la validité du Don mutuel, qu'il soit confirmé par un testament mutuel.

La coutume d'Auvergne n'admet pas le Don mutuel, et la femme ne peut rien donner au mari, de *quelque* manière que ce soit; mais le mari peut donner à la femme.

Il y a d'autres coutumes, telle que celle de Normandie, où le Don mutuel n'est permis dans aucun cas.

« Gens mariés (porte l'art. 410 de cette coutume), ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie, directement ou indirectement. »

[[Aujourd'hui, le Don mutuel est permis entre les époux, même dans les coutumes qui le prohibent formellement; et soit qu'ils aient des enfans, soit qu'ils n'en aient pas. C'est ce qui résulte de l'art 14 de la loi du 17 nivose an 2, et des art. 1094 et 1097 du Code Napoléon; et c'est ce qui a été jugé, sous la première de ces lois, pour la coutume d'Auvergne, par un arrêt de la cour de cassation, du 25 fructidor an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 3, page 594.

Mais, comme on l'établira ci-après, §. 4, il y a, quant à la quotité des biens que le Don mutuel peut comprendre, une différence entre le cas où les époux ont des enfans et celui où ils n'en ont pas.

On verra, dans le §. 2, quelle était la forme des Dons mutuels, sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2, et comment ils doivent être faits depuis la publication du Code Napoléon.

Du reste, le Don mutuel, depuis la publication du Code Napoléon, est toujours révocable; et, pour la validité de la révocation qu'en fait l'un des époux, il n'est pas nécessaire qu'elle soit notifiée à l'autre. Cela résulte des art. 1096 et 1097 de ce Code. — Mais en était-il de même sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2? *V.* le plaidoyer du 14 prairial an 13, rapporté ci-après, §. 3.]]

IV. Les coutumes varient pareillement sur la nature des biens dont elles permettent aux conjoints de faire l'objet du Don mutuel.

Les unes, telles que celles de Paris et d'Orléans, défendent aux conjoints d'étendre le Don mutuel au-delà des biens de leur communauté.

D'autres coutumes ne restreignent pas le Don mutuel aux seuls biens de la communauté; il peut être composé de tous les meubles, acquêts et conquêts des conjoints.

Il y a même des coutumes qui permettent aux conjoints de comprendre une partie de leurs propres dans le Don mutuel. Et d'autres coutumes distinguent à cet égard le cas où il y a des enfans, et celui où il n'y en a point.

Une autre variété entre les coutumes consiste en ce que celle de Paris et plusieurs autres ne permettent le Don mutuel qu'en usufruit, tandis que d'autres coutumes autorisent les conjoints à se donner mutuellement la propriété.

Il y a des coutumes qui distinguent sur ce point entre les différentes sortes de biens; les unes ne permettent le Don mutuel qu'en usufruit pour les propres, et elles l'autorisent en propriété pour les meubles et acquêts. Quelques unes, telle que celle du Grand-Perche, ne l'autorisent en propriété que pour les meubles. Et, suivant la coutume de Berry, les conjoints qui n'ont point d'enfans, peuvent se donner en propriété le tiers de leurs meubles et l'usufruit de tous leurs conquêts.

Quelques coutumes, telles que celle de Blois, font là-dessus une distinction; elles permettent le Don mutuel des meubles et des conquêts, lorsqu'il n'y a point d'enfans; et elles ne l'autorisent qu'en usufruit, lorsqu'il y a des enfans.

[[Toutes ces différences sont abrogées. *V.* ci-après, §. 4.]]

V. Dans certaines coutumes, le Don mutuel n'est permis entre les conjoints qu'autant que l'âge de l'un est à peu près égal à celui de l'autre. La cou-

Digitized by Google

tume d'Auxerre répute les conjoints égaux en âge, lorsque l'un n'a pas quinze ans de plus que l'autre : suivant la coutume de Nivernais, l'égalité d'âge n'a plus lieu lorsqu'il y a une différence de plus de dix années entre l'âge de l'un des conjoints et celui de l'autre conjoint.

Le Don mutuel n'est valable, selon la coutume de Paris et plusieurs autres, que quand il y a une égalité parfaite entre les choses que les conjoints se sont données réciproquement.

D'autres coutumes, telles que celles d'Anjou et de Tours, n'exigent pas cette égalité. Il suffit, dans ces contumes, pour la validité du Don mutuel, que chacune des parties ait des biens d'une même espèce, c'est-à-dire, que chacune ait des propres, lorsqu'on fait entrer les propres dans le Don mutuel, et que chacune ait des acquêts, lorsqu'on y fait entrer les acquêts.

[[Les nouvelles lois ne connaissent plus aucune de ces différences. *V.* ci-après, §. 2.]]

VI. Il y a des coutumes, telle que celle de Paris, où le Don mutuel est sujet à délivrance : selon d'autres, le survivant en est saisi de plein droit. Dans la coutume de Bourbonnais, il en est saisi immédiatement après la mort du conjoint prédécédé; dans d'autres coutumes, le survivant n'est saisi du Don mutuel qu'après avoir offert une caution.

A Paris, et dans la plupart des coutumes qui autorisent le Don mutuel en usufruit, le conjoint survivant doit donner bonne et suffisante caution : la coutume du Grand-Perche n'exige qu'une caution juratoire, lorsque le survivant affirme qu'il n'en peut point donner d'autre. Dans la coutume de Blois, le survivant des conjoints ne doit une caution que quand il convole en secondes noces.

Selon certaines coutumes, telles que celles de Bretagne et de Châteauneuf, le conjoint survivant qui a des enfans et qui convole en secondes noces, doit être privé du Don mutuel; mais cette disposition ne s'étend pas aux coutumes muettes sur ce point.

[[Sur tous ces points, la législation est aujourd'hui la même dans toute la France. *V.* ci-après, §. 5 et 7.]]

§. II. *De la forme du Don mutuel et des personnes entre lesquelles il peut avoir lieu.*

I. L'art. 46 de l'ordonnance du mois de février 1731 a excepté les Dons mutuels entre conjoints, de la nécessité des formes et des règles qu'elle a prescrites pour les autres donations entre-vifs; cependant il ne laisse pas d'y avoir encore des formes auxquelles ces Dons mutuels sont assujettis.

Il faut qu'ils soient faits par des actes passés devant notaires dont il reste minute. Cette formalité est un obstacle à la fraude. En effet, si le Don mutuel pouvait avoir lieu par un acte sous seing-privé, rien n'empêcherait qu'en antidatant l'acte, on ne pût, durant la dernière maladie de l'un des conjoints, faire ce Don contre la disposition de la loi.

De même si le Don mutuel pouvait se faire par un acte passé devant notaire, mais expédié en brevet sans qu'il en restât de minute, le mari aurait le pouvoir de supprimer l'acte, et par conséquent d'annuller le Don mutuel, sans le consentement de sa femme.

Quelques uns ont prétendu que si chacun des conjoints avait, par un acte particulier, fait donation à l'autre conjoint de l'usufruit de ce qui lui appartiendrait dans la communauté lorsqu'il viendrait à décéder, aucun de ces actes ne serait valable.

Mais l'avis de Ricard, contraire à cette opinion, me paraît mériter la préférence. Voici comment s'explique cet auteur, *Traité du Don mutuel*, n. 135 et 136. — « J'estime que ceux-là s'attachent trop fort à la lettre, qui soutiennent que l'égalité de la donation mutuelle se doit aussi rencontrer dans le temps; et en conséquence, que si elle n'est faite conjointement et par un même acte, elle ne peut pas valoir en cette qualité, ni porter le titre de donation mutuelle et réciproque : car, en cette occasion, il faut considérer quelle a été l'intention de nos coutumes, en permettant aux conjoints de se donner sous cette condition, que la donation serait mutuelle. Il est certain que ce n'a pas été pour d'autre motif, sinon afin que les conjoints ne se portassent pas à extorquer les donations les uns des autres pour des intérêts particuliers, et qu'en leur laissant cette liberté de se donner, ils ne le pussent faire qu'en y hasardant autant d'un côté que d'un autre, à quoi sans doute ils satisfont, pourvu que la donation soit réciproque en soi et en sa substance, encore qu'elle soit faite par deux actes différens : cette multiplicité d'actes, pourvu qu'ils soient également obligatoires, n'altérant pas la donation, et n'empêchant pas qu'elle ne soit véritablement mutuelle et réciproque. — Il est pourtant vrai qu'il est nécessaire, pour faire que la donation soit mutuelle, que les deux actes qui la contiennent aient rapport ensemble, et qu'ils soient faits en contemplation l'un de l'autre; car autrement ce seraient deux donations pures et simples, distinctes et séparées, et qui ne conviendraient pas à l'intention de nos coutumes, puisqu'elles seraient divisées dans leurs effets, aussi-bien que par les actes qui les contiennent : ces actes ne se pouvant pas valider l'un par l'autre, si ce n'est par un rapport réciproque, attendu qu'ils ne peuvent subsister que dans la mutualité. C'est ainsi que doit s'entendre la note de maître Charles Dumoulin sur l'art. 325 de la coutume d'Anjou, sur laquelle néanmoins ceux de l'opinion contraire font leur principal fondement; cet auteur n'improuvant pas indistinctement la donation mutuelle faite par des actes séparés, mais seulement en tant que ces actes n'avaient pas leur rapport l'un à l'autre. *Non ergò seorsim*, dit-il, en parlant de la façon que la donation mutuelle doit être faite, *etiamsi alter alteri donaret, sed separatim et non mutuâ contemplatione.* »

Cependant, lorsqu'un mari et une femme qui sont éloignés l'un de l'autre, veulent se faire un don mutuel, il est à propos que l'homme envoie une

Digitized by Google

procuration à quelqu'un du lieu où est sa femme, pour faire en son nom le Don mutuel avec sa femme par un même acte.

[[Aujourd'hui, le Don mutuel ne peut être fait que dans la forme d'une donation entre-vifs ou dans celle du testament : mais dans l'un comme dans l'autre cas, il est toujours révocable ; et ni dans l'un ni dans l'autre cas, il ne peut être fait par un seul et même acte. (*V.* le Code Napoléon, art. 893, 1096 et 1097). Il peut cependant l'être par deux actes séparés, passés à la suite l'un de l'autre. *V. Donation*, sect. 11.

De là suit une conséquence fort importante : c'est que deux époux peuvent se faire un Don mutuel par des testamens olographes.—Inutile de dire que l'un pourra révoquer son testament, à l'insçu de l'autre qui laissera subsister le sien. Le législateur ne s'est pas arrêté à cette considération ; il a voulu au contraire que le Don fait par l'un des époux à l'autre, ne pût pas être regardé comme influence par le Don que fait celui-ci à celui-là.

Mais quelle était la forme des Dons mutuels, sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2?

Il est d'abord certain qu'ils n'étaient soumis ni aux formalités des donations entre-vifs, ni à celles des testamens ; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 1er ventose an 9, rapporte dans mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 3, page 584.

Ensuite, pourquoi n'aurait-on pas pu alors les faire sous seing-privé?—Parcequ'on aurait pu, en les antidatant, les faire pendant la dernière maladie de l'un des époux? Mais, comme on le verra ci-après, n. 7, cela était permis sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2. — Parceque l'un des époux aurait pu le révoquer à l'insçu de l'autre? Mais la crainte d'une revocation frauduleuse ne pouvait pas, à défaut de loi prohibitive, priver les époux de la faculté qu'ils tenaient de l'art. 46 de l'ordonnance de 1731, de disposer en faveur l'un de l'autre dans la forme qui était le plus à leur convenance. *V.* le plaidoyer du 14 prairial an 13, rapporté ci-après, §. 3.]]

II. Ricard, Le Brun et quelques autres jurisconsultes ont pensé qu'il n'était pas nécessaire, pour la validité du Don mutuel, que la femme fût autorisée de son mari. Ils se sont fondés premièrement sur ce que le besoin qu'a la femme de l'autorisation de son mari, étant un droit établi en faveur de ce dernier, on ne doit pas le retorquer contre lui, et opposer le défaut d'autorisation contre un acte de sa femme, lorsqu'il a intérêt qu'il soit valable.

[[Mais *V. Autorisation maritale*, sect. 6, §. 1.]]

Du reste, aujourd'hui que le Don mutuel ne peut plus être que le résultat de deux actes faits séparément par le mari et la femme, il est clair que si la femme choisit, pour disposer en faveur de son mari, la forme d'un testament, elle n'a pas besoin d'autorisation. Mais il est clair aussi que si elle dispose dans la forme d'une donation entre-vifs, il faut ou qu'elle y soit autorisée par son mari, ou que du moins le mari paraisse dans l'acte. *V.* le Code Napoléon, art. 217 et 934.]]

III. Quoique, pour la validité des donations entre-vifs, il faille exprimer que la donation a été acceptée par le donataire ou par quelqu'autre ayant qualité à cet effet, sans que cette formalité puisse être suppleée ni par la signature du donataire au bas de l'acte de donation, ni par la possession des choses données, il en est autrement à l'égard du Don mutuel entre mari et femme : il n'est pas nécessaire, pour qu'il soit valable, de stipuler que les parties l'ont respectivement accepté. C'est ce qui résulte de l'art. 46 de l'ordonnance du mois de février 1731, que nous avons déjà cité.

[[J'ai déjà dit que d'après les dispositions du Code Napoléon, le Don mutuel ne pent plus se faire que par deux actes séparés en forme de donations entre-vifs ou de testamens.

Si, pour s'avantager mutuellement, les époux choisissent la forme testamentaire, il est évident qu'ils ne doivent pas accepter le testament l'un de l'autre.

Mais s'ils disposent en faveur l'un de l'autre par donation entre-vifs, faut-il, à peine de nullité, que chacun d'eux accepte en termes exprès la donation qui lui est faite par son époux?

L'affirmative paraît indubitable. D'après l'art. 893 du Code Napoléon, on ne peut plus *disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament*, DANS LES FORMES CI-APRÈS ÉTABLIES : ainsi, les époux qui ne disposent pas en faveur l'un de l'autre par testament, ne peuvent le faire que par donation entre-vifs dans les formes établies par les art. 931 et suivans. Or, il résulte de l'art. 932 que l'acceptation, en *termes exprès*, du donataire, est l'une des plus essentielles de ces formes.

On dirait en vain que l'art. 932 n'exige l'acceptation du donataire en termes exprès, qu'à l'effet *d'engager le donateur ;* que dès-là, elle est inutile pour les donations entre mari et femme, puisqu'elles n'engagent jamais le donateur, et que toujours celui-ci peut les révoquer; qu'ainsi, ces sortes de donations sont exceptées de la disposition de l'art. 932, et par ses propres termes, et par la nature même des choses.

La réponse à cette objection est dans l'art. 947. *V.* le réquisitoire et l'arrêt rapportés au mot *Donation*, sect. 11.]]

IV. La tradition requise dans les donations entre-vifs, n'est pas necessaire dans le Don mutuel : il n'est même pas susceptible de cette tradition, puisqu'il ne s'applique qu'à des choses que le donateur laissera après sa mort.

V. L'art. 280 de la coutume de Paris, qui permet le Don mutuel, s'exprime ainsi : « Homme et femme conjoints par mariage, étant en santé, peuvent faire donation mutuelle l'un à l'autre également de tous leurs biens meubles, conquêts immeubles faits durant le mariage, et qui se sont trouvés leur appartenir et être communs à l'heure du trépas du pre-

Digitized by Google

mier mourant, pour en jouir par le survivant sa vie durant seulement, en baillant bonne et suffisante caution de restituer les biens après son trépas, pourvu qu'il n'y ait enfans, soit des deux conjoints ou de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant. »

Par ces termes, *conjoints par mariage*, la coutume entend un véritable mariage qui ait les effets civils. Ainsi, les personnes entre lesquelles la coutume de Paris et les autres semblables autorisent le Don mutuel, doivent nécessairement être nnies par un mariage légitime qui ait les effets civils. Il faut conclnre de cette décision, que si un homme et une femme s'étaient fait un Don mutuel, et que par la suite leur mariage vint à être declaré nul, cette nullité entrainerait celle du Don mutuel qu'ils se seraient fait.

Mais que doit-on prononcer dans l'espèce suivante ? On atteste à une femme que son mari a été tué dans une bataille, et on lui en remet des certificats authentiques : en conséqnence, elle épouse un second mari ; et après ce mariage, les nouveanx conjoints se font un Don mutuel. Dans la suite, le premier mari qu'on croyait mort, se représente, et fait déclarer nul le second mariage. Après la mort du second mari, ses héritiers sont-ils fondés à attaqner de nullité le Don mutuel qu'il a fait à cette femme, attendn qu'il n'y avait point de mariage valable ? Il faut répondre qu'ils ne sont pas fondés à cet égard. La raison en est que, quand des personnes ont contracté de bonne foi nn mariage nul, lenr bonne foi fait produire à ce mariage les mêmes effets civils que ceux qui dérivent d'un mariage légitimc; et, par conséquent, elles ont pu valablement faire enscmble le Don mutuel que les coutumes autorisent, puisque ce pouvoir est un des effets civils dn mariage.

Cette décision n'est pas contraire, comme quelques uns l'ont cru, à l'arrêt rendn par le parlement de Paris, le 3 décembre 1648, dans l'espèce snivante. — En 1630, le nommé Tambour, matelot, épousa Caïa : six semaines après la bénédiction nnptiale, Tambour quitta sa femme pour aller sur mer; il fut pris par un vaisseau turc, qui le fit captif et le condnisit à Alger en Barbarie. Là, il renonça à sa religion, épousa une femme turque, et fut fait capitaine d'nn vaisseau corsaire. Douze ans s'écoulèrent sans que Caïa eût aucune nouvelle de Tambour son mari; mais après cet intervalle de temps, elle apprit, disait-elle, d'un nommé Pigeon, qu'il avait vu dans un vaisseau turc son mari contester avec son lieutenant, Anglais de nation, sur ce que celui-ci voulait contraindre l'autre à débarquer dans le pays de chrétienté; et que dans la chaleur de la dispute, Tambour avait reçu sur la tête un coup de massue dont il était vraisemblablement mort. Snr la foi de ce récit, dont Caïa ne produisait aucun certificat par écrit, elle contracta un second mariage avec Titius; et le même jour, elle fit un partage des biens de son premier mari avec ses héritiers. Titius et Caïa n'ayant point d'enfant de leur mariage, se firent un Don mutuel. Quelque temps après, Tambour, qu'on avait cru mort, fut pris par un vaisseau français; et s'etant déclare sujet du roi, il fut mis en liberté. Le bruit de cet evénement étant parvenu dans le lieu où Titius et Caïa avaient leur domicile, le curé leur fit défense d'habiter ensemble, jusqu'à ce qu'ils eussent obtenu nne dispense du pape. Ils se pourvurent en conséquence pour obtenir cette dispense, et se fondèrent snr l'infidélité de Tambour, qui avait apostasié pour épouser nne femme turque; mais leur demande ayant été rejetée à Rome, Titius quitta le pays; et s'étant embarqué, il périt snr mer. Caïa ayant appris cette mort, fit assigner les héritiers de Titius, pour leur demander la délivrance du Don mntuel et de ses conventions matrimoniales. Le juge des Sables déboula Caïa de sa demande. L'affaire ayant ensuite été portée par appel au parlement, on y traita les questions de savoir si Tambour ayant apostasié, et épousé une femme turque, il n'en était pas résulté la dissolution de son mariage avec Caïa; et subsidiairement, si n'y ayant pas lieu à la résolution du mariage, la bonne foi de la femme ne devait pas lui faire obtenir ses conclusions contre les héritiers de Titius pour la délivrance dn Don mutuel et de ses conventions matrimoniales. M. l'avocat général, Talon, ne s'arrêta pas à la première question, attendn qu'il n'y avait nulle difficulté que le premier mariage ne fût demeuré dans toute sa force, nonobstant l'apostasie de Tambour; et snr la seconde question, il fit voir que la bonne foi de Caïa n'était pas suffisante : il observa qu'en snpposant que Pigeon eût fait le récit qu'on lui attribuait, il presentait de la contradiction, en ce qu'il n'était pas possible que ce particulier eût vu la querelle dont il avait parlé, sans savoir au vrai quelle en avait été la suite, attendu qu'il n'avait pu être témoin de cette querelle, qu'il ne fût dans le vaisseau où elle avait eu lieu; et que la réponse que l'on faisait à cette objection, en disant que Pigeon était dans un autre navire, était destituée de vraisemblance; en conséquence, ce magistrat opina que Caïa n'ayant pas dû s'en rapporter à nn récit tel que celui de Pigeon, elle n'était pas fondée à se prévaloir de la bonne foi, ni à demander la délivrance du Don mutuel dont il s'agissait. — D'après ces conclusions, l'arrêt cité mit snr l'appel les parties hors de cour et de procès, et permit néanmoins à la femme d'exercer la reprise de ce qu'elle avait apporté à Titius.

[[Aujourd'hui, les donations entre concubinaires sont permises jusqu'à la concurrence de la portion disponible. *V. Concubinage.*

Mais de là s'ensuit-il qu'une donation faite entre de prétendus époux dont le mariage serait nul, devrait valoir comme donation faite entre concubinaires ? Non; en pareil cas, dit la loi 32, §. 27, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, ce n'est pas à une étrangère, c'est à une épouse légitime que le mari a voulu donner; et cette qualité n'existant pas, la donation est nulle : *quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit.* Le §. 28

Digitized by Google

de la même loi ajoute que, le faux époux doit être privé, comme indigne, de l'effet de la donation : décision d'autant plus remarquable, que, d'une part, les lois romaines autorisaient expressément les donations entre concubinaires ; et que de l'autre, elles n'annullaient pas absolument, mais déclaraient seulement révocables, les donations entre mari et femme. Le sens des textes cités est donc qu'une donation entre deux personnes illégalement mariées, ne vaut ni comme donation entre concubinaires, ni comme donation entre époux. Aussi Godefroy dit-il, dans sa note sur le premier de ces textes, que *donatio putativo conjugi facta non confirmatur morte.*]]

VI. Il faut que les conjoints entre lesquels la coutume de Paris et les autres semblables autorisent le Don mutuel, soient communs en biens : c'est ce qui résulte des dispositions de l'art. 280 que nous avons précédemment rapporté. Cette décision est fondée sur ce que le droit de se faire un Don mutuel, n'a été attribué aux conjoints qu'en considération de leur communauté de biens, et comme une récompense de leur travail commun pendant tout le temps qu'a duré le mariage.

Ainsi, lorsque par le contrat de mariage des deux conjoints, il y a séparation de biens ou même une simple exclusion de communauté, le Don mutuel ne peut pas avoir lieu valablement. Et cette règle doit pareillement s'appliquer au cas où la communauté de biens qui avait été établie par le contrat de mariage, a été dissoute par une séparation de biens, sans que les conjoints aient rétabli cette communauté.

Si par le contrat de mariage, on a stipulé que la femme ou ses héritiers auront pour tout droit de communauté une somme quelconque, telle que quinze ou vingt mille livres, le Don mutuel pourra-t-il avoir lieu entre les conjoints ? Il faut répondre que non. Cette decision est fondée premièrement sur l'inégalité qu'il y aurait dans ce Don mutuel, attendu que les meubles et les conquêts que le mari donnerait à sa femme, pourraient être d'une valeur plus ou moins considérable que la somme fixée par le contrat de mariage. En second lieu, la coutume ne permettant aux conjoints de disposer par Don mutuel, l'un en faveur de l'autre, que d'une certaine espèce de biens, savoir, des meubles et conquêts *qui se trouvent leur appartenir et être communs, lors du trépas du premier mourant*, il faut en conclure qu'ils ne peuvent se donner par Don mutuel l'un à l'autre que des biens de cette espèce ; or, au moyen de la clause du contrat de mariage, la femme qui prédécède, ne laisse ni meubles ni conquêts qui lui soient communs avec son mari : elle laisse simplement une créance de quinze ou vingt mille livres contre son mari ; et cette créance n'étant pas une chose qu'elle ait en commun avec lui, elle n'est pas susceptible du Don mutuel que les coutumes autorisent entre conjoints ; il ne peut donc pas avoir lieu entr'eux.

La même règle doit s'appliquer au cas où le fait de communauté est réciproque : comme quand on stipule que les héritiers du prédécédé, soit du mari, soit de la femme, auront pour tout droit de communauté, lors de la dissolution du mariage, une certaine somme.

Si deux conjoints séparés de biens par leur contrat de mariage, acquéraient ensemble une terre, auraient-ils le droit de se faire l'un à l'antre un Don mutuel de la moitié qui appartiendrait à chacun dans cette terre ? Il faut répondre que non. La raison en est que pour avoir fait une acquisition en commun, ces conjoints ne sont pas pour cela communs en biens : ils ne pourraient même pas établir entr'eux une communauté de biens, puisque ce serait contrevenir à la loi qu'ils se sont faite par leur contrat de mariage : or, ce n'est qu'à des conjoints communs en biens, et en considération de la communauté de biens, que la coutume de Paris et les autres coutumes semblables autorisent le Don mutuel, comme on a pu le remarquer précédemment.

[[Aujourd'hui, il n'est pas nécessaire que les époux soient en communauté, pour qu'ils puissent se faire mutuellement des donations. *V.* la loi du 17 nivose an 2, art. 14 ; et le Code Napoléon, art. 1094.]]

VII. La coutume de Paris exige, comme on l'a vu, que les conjoints qui se font un Don mutuel, soient alors en santé : mais cette condition signifie-t-elle qu'une maladie, quelque légère qu'elle soit, est un obstacle à la validité du Don mutuel ? Ou la loi a-t-elle voulu que le Don mutuel ne pût être valablement fait pendant une maladie dangereuse de l'un des conjoints, de laquelle il serait mort ou dont on croyait qu'il mourrait ? Ou enfin la condition dont il s'agit, doit-elle s'entendre seulement en ce sens, que le Don mutuel ne peut être valable lorsqu'il n'a été fait que pendant la dernière maladie dont l'un des conjoints est décédé ?

Il faut répondre sur la première question, que la coutume, en exigeant pour la validité du Don mutuel, que les conjoints soient en santé lorsqu'ils le font, ne veut pas dire qu'une maladie légère, telle qu'une fièvre réglée, empêcherait qu'un tel Don ne produisît son effet : et cette decision doit être suivie même dans les coutumes les plus rigoureuses pour l'égalité d'espérance que chacun des conjoints doit avoir de survivre à l'autre, et de recueillir le Don qui lui est fait.

Pothier pense que la coutume de Paris ayant exigé pour la validité du Don mutuel, que les conjoints fussent en santé lorsqu'ils le feraient, il est absolument nul lorsqu'il a eu lieu, tandis que l'un des conjoints était affecté d'une maladie dangereuse ; et il croit que le retour de la santé de ce conjoint ne suffit pas pour couvrir cette nullité.

Duplessis et Ricard regardent bien comme nul le Don mutuel fait durant une maladie grave, mais ils pensent que si ce Don n'a point été révoqué depuis la convalescence, il est devenu valable par une sorte de ratification tacite de l'acte.

D'autres auteurs, tel que Le Maître, sont d'avis que pour qu'un Don mutuel soit valable, il suffit

Digitized by Google

que le conjoint ne soit pas mort de la maladie dont il était affecté lorsqu'il l'a fait, quand même cette maladie aurait été regardée comme dangereuse. En effet, le retour de la santé ne doit-il pas faire présumer qu'on s'est trompé sur le caractère de la maladie, et que c'est mal à propos qu'on l'a regardée comme dangereuse? Cette opinion est conforme à ce que décident les coutumes de Montfort, art. 48; de Laon, tit. 5, art. 47; du Grand-Perche, art. 94; et de Châlons. Elle est d'ailleurs appuyée sur un arrêt du 14 janvier 1558, cité par Le Maître.

Si, lors du Don mutuel, une femme est enceinte, et que peu de temps après il lui survienne un accident occasionné par sa grossesse, qui la fasse périr, ce Don ne laissera pas d'être valable. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 4 mai 1648, cité aussi par Le Maître. Cette décision est fondée sur ce qu'une grossesse, tant qu'il ne survient pas d'accident, est l'état naturel d'une femme et non une maladie.

[[J'ai rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 587, et tome 8, page 362, deux arrêts de la cour de cassation, des 12 fructidor an 10 et 30 messidor an 11, qui jugent que par la loi du 17 nivose an 2, il a été dérogé à toutes les coutumes qui, pour la validité du Don mutuel, exigeaient que les époux fussent en santé au moment où ils s'avantageraient réciproquement. En voici un troisième qui confirme de plus en plus cette jurisprudence.

Le 21 thermidor an 10, Ponce-Nivoix et son épouse, domiciliés sous la coutume de Vermandois, se font donation mutuelle de tous les biens meubles et immeubles que le premier mourant laissera après son décès. — Le 15 fructidor suivant, la dame Nivoix meurt d'une maladie dont elle était déjà attaquée lors de cet acte. — Ses héritiers collatéraux demandent la nullité du Don mutuel, et se fondent sur l'art. 5o de la coutume de Vermandois; et, déboutés d'abord par le tribunal de première instance de Sedan, ensuite par la cour d'appel de Metz, ils se pourvoient en cassation. Mais par arrêt du 28 prairial an 13, au rapport de M. Cassaigne, « considérant que lors du Don mutuel du 21 thermidor an 10, stipulé entre Ponce-Nivoix et son épouse, l'art. 5o de la coutume de Vermandois, qui exigeait pour la validité de ces sortes de donations, que les époux fussent sains de corps et non malades de la maladie dont ils étaient décédés depuis, était aboli; que cette condition, qui n'est point de l'essence du Don mutuel, n'avait été prescrite par cet article que par une suite de la prohibition faite par l'art. 47 de la coutume, à l'homme et à la femme conjoints par mariage, de s'avantager autrement que par Don mutuel, en la manière ci-dessus; qu'elle avait conséquemment cessé d'être obligatoire, et l'art. 5o d'avoir force de loi en même temps que cette prohibition, par l'effet des lois nouvelles, et notamment des art. 14 et 61 de celle du 17 nivose an 2, qui, en rendant aux époux la faculté de s'avantager de toute manière indéfiniment, sauf la réduction en cas d'existence d'enfans, avaient, par le but et la généralité de leurs expressions, aboli tous les obstacles qui interdisaient ou gênaient ci-devant l'exercice de cette faculté; qu'ainsi on ne peut invoquer cet article contre le Don mutuel dont il s'agit, ni contre l'arrêt qui le confirme; la cour rejette..... »]]

VIII. Il y a des coutumes qui, comme on l'a vu, exigent que les conjoints auxquels elles permettent le Don mutuel, soient égaux ou presque égaux en âge. Cette disposition a fait demander si dans les coutumes muettes à cet égard, la grande inégalité d'âge était un obstacle au Don mutuel? Ricard a soutenu l'affirmative, sur le fondement que quand les coutumes ont gardé le silence sur ce point, cela doit se suppléer, attendu que l'égalité est de la substance du Don mutuel. Mais Pothier remarque fort bien que cette opinion n'a pas prévalu, et que tous les jours on voit des conjoints inégaux en âge, se faire l'un à l'autre le Don mutuel autorisé par les coutumes. En effet, on ne doit pas ajouter à ce qu'elles exigent pour la validité du Don mutuel, ni par conséquent demander l'égalité d'âge, lorsqu'elles n'en ont rien dit. Quand Ricard dit qu'il n'était pas nécessaire qu'elles en parlassent, parceque l'égalité est de la substance du Don mutuel, on peut répondre que cette égalité se considère principalement dans les choses données de part et d'autre; qu'à l'égard de l'égalité d'espérance, il suffit que chacun des conjoints puisse espérer de survivre à l'autre et de recueillir le Don qui lui est fait: or, cette espérance se rencontre nonobstant l'inégalité d'âge, attendu qu'il n'est pas rare de voir mourir les jeunes avant les vieux. C'est pourquoi Le Maître enseigne, sur l'art. 280 de la coutume de Paris, que le Don mutuel est valable entre une jeune femme et un vieillard, *quoique goutteux et valetudinaire.*

[[Au surplus, les dispositions des coutumes qui exigeaient l'égalité d'âge entre les époux, pour qu'ils pussent se faire un Don mutuel, ont été abrogées par la loi du 17 nivose an 2; cela résulte des arrêts cités au n° précédent.]]

IX. La plupart des coutumes exigent encore, pour la validité du Don mutuel, que les conjoints n'aient ni l'un ni l'autre aucun enfant.

Il y en a plusieurs qui ne disent pas précisément si la privation d'enfans doit avoir lieu dans le temps du Don mutuel, ou s'il suffit qu'il n'existe aucun enfant lors du décès qui attribue la jouissance de ce Don au conjoint survivant. La question ayant été faite avant que la nouvelle coutume de Paris l'eût résolue, Dumoulin fut d'avis qu'il suffisait pour la validité d'un tel Don, qu'il n'y eût point d'enfans lors de la dissolution du mariage. La raison qu'il en donnait, était que la disposition des coutumes qui voulaient, pour que le Don mutuel fût valable, que ni l'un ni l'autre des conjoints n'eût aucun enfant, était uniquement fondée sur la faveur due aux enfans; qu'ainsi le but que ces coutumes s'étaient proposé, se trouvait entièrement rempli, lorsqu'au temps de l'ouverture du Don mutuel, il n'y avait point d'enfans. Cette opinion de Dumoulin a servi de règle lors de la réformation de la coutume de Paris;

Digitized by Google

c'est pourquoi, après ces mots, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, on a ajouté, *soit des deux conjoints, soit de l'un d'eux lors du décès du premier mourant.* Cette jurisprudence doit être étendue aux coutumes qui n'autorisent le Don mutuel que dans le cas où les conjoints n'ont aucun enfant.

[[Aujourd'hui, l'existence d'un ou de plusieurs enfans, soit de l'un des époux, soit de l'un et de l'autre, n'annulle pas le Don mutuel, mais elle en réduit les avantages. *V.* la loi du 17 nivose an 2, art. 14; et le Code Napoléon, art. 1094.]]

X. On a autrefois agité la question de savoir si des conjoints mineurs pouvaient se faire le Don mutuel autorisé par la coutume de Paris: la raison de douter était que les lois défendent aux mineurs d'aliéner, tant la propriété que l'usufruit de leurs immeubles. Mais cette considération n'a pas prévalu; et il a été décidé, conformément à l'avis de Dumoulin, que des conjoints mineurs avaient, comme les majeurs, la faculté de se faire des Dons mutuels.

Il y a divers arrêts conformes à cette doctrine. Charondas en rapporte un rendu au parlement de Paris le 24 avril 1563: on en trouve un autre dans le recueil de Frain, rendu au parlement de Bretagne, le 11 février 1620: un troisième a été rendu par le parlement de Paris, le 25 mai 1625, dans la coutume de Poitou; et un quatrième rapporté au Journal des audiences, a été rendu par la même cour, le 14 août 1665, dans la coutume d'Anjon.

Cette jurisprudence est fondée sur ce que les lois qui défendent aux mineurs d'aliéner la propriété et même l'usufruit de leurs immeubles, ont pour objet d'empêcher qu'ils ne se fassent du préjudice: ainsi ces défenses doivent cesser dans le cas du Don mutuel, puisque loin d'être préjudiciable aux conjoints mineurs, il n'a lieu que pour leur avantage réciproque.

[[Les époux mineurs ne peuvent plus se donner mutuellement *pendant le mariage*, que ce que chacun d'eux pourrait donner à un étranger. *V.* le Code Napoléon, art. 904 et 1095.]]

XI. On demande si des conjoints peuvent se faire un Don mutuel lorsque le mari est interdit pour cause de prodigalité? Duplessis a adopté l'affirmative, et son avis doit être suivi. En effet, l'interdiction n'ayant lien que pour favoriser l'interdit, il faut en conclure qu'elle ne s'applique qu'aux contrats qui peuvent lui être préjudiciables, et non à ceux qui lui sont avantageux. Ainsi, un interdit a le droit d'accepter la donation qu'on lui fait, parceque c'est un contrat qui lui est avantageux: ainsi encore il doit avoir la faculté de contracter pour un Don mutuel, parcequ'un tel acte est censé se faire pour l'avantage réciproque des conjoints

[[L'interdiction pour cause de prodigalité n'a plus lieu; mais l'époux à qui il a été nommé un conseil judiciaire, peut-il donner à son époux et recevoir de lui? Qu'il puisse recevoir, cela est sans difficulté; qu'il puisse donner, la chose n'est pas plus douteuse: en donnant, il n'aliène pas, puisqu'il conserve toujours la faculté de révoquer la donation. *V.* le Code Napoléon, art. 513 et 1096.]]

XII. Quoique les aubains ne puissent pas disposer de leurs biens par testament, ni exercer un retrait lignager, ni faire les autres actes qui appartiennent au droit civil, et qu'il n'a établis que pour les citoyens, ils peuvent néanmoins, lorsqu'ils sont mariés et qu'ils ont leur domicile dans le royaume, se faire des Dons mutuels, parceque ces sortes d'actes appartiennent au droit des gens qui est commun à toutes les nations.

Le parlement de Paris, a rendu le 26 novembre 1551, un arrêt conforme à cette doctrine, en jugeant que des conjoints étrangers et domiciliés en France, avaient pu se faire un Don mutuel, quoiqu'il n'y eût que le mari qui fût naturalisé. Bacquet, qui rapporte cet arrêt dans son *Traité du droit d'aubaine*, atteste que tel était l'usage de la chambre du trésor, où il exerçait la charge d'avocat du roi. Frain rapporte un pareil arrêt rendu au parlement de Bretagne le 26 mars 1620.

§. III. *De l'insinuation du Don mutuel.*

Suivant l'art. 284 de la coutume de Paris, le Don mutuel doit être insinué dans les 4 mois; et après cette insinuation, il ne peut plus être révoqué que du consentement des deux parties.

On ne voit d'abord pas à quoi sert l'insinuation d'un Don mutuel. Cette formalité est, à la vérité, ordonnée dans les autres donations entre-vifs; mais c'est en faveur des tiers-acquéreurs et des créanciers qui pourraient contracter avec le donateur postérieurement à la donation: en effet, si une telle donation n'était pas rendue publique par l'insinuation, des tiers-acquéreurs et des créanciers pourraient être induits en erreur, en contractant avec une personne à qui ils croiraient beaucoup de biens, tandis qu'elle s'en serait dépouillée par le moyen d'une donation dont ils n'auraient point de connaissance. L'insinuation des donations est aussi ordonnée en faveur des héritiers, qui, pour ne les avoir point connues, pourraient accepter une succession chargée de dettes, et à laquelle ils auraient renoncé, s'ils n'eussent point ignore les donations par lesquelles le defunt se serait dépouillé de ses biens.

Mais ces considérations n'ont aucun rapport au Don mutuel, puisqu'il ne peut consister que dans des biens que le conjoint predécède aura laissés en mourant, et qu'il n'est fait qu'à la charge des dettes que le donateur aura contractees jusqu'à son decès: ainsi, le Don mutuel ne peut intéresser les personnes qui ont pu contracter avec le defunt posterieurement au Don mutuel.

Cependant Ricard justifie la disposition de la coutume, en disant que l'insinuation du Don mutuel a été introduite pour empêcher que le mari n'abusât de son autorité. En effet, cet auteur observe fort bien que, sans cette formalité, un mari pourrait profiter du Don mutuel que lui aurait fait sa femme, sans que celle-ci pût tirer aucun avantage de celui qui

Digitized by Google

lui aurait été fait: pour cela, le mari n'aurait qu'à faire passer l'acte de Don mutuel par un notaire inconnu à sa femme, et la mettre, par ce moyen, dans l'impossibilité de trouver cet acte, si elle venait à survivre à son mari.

Il faut remarquer que l'insinuation du Don mutuel n'est nécessaire que pour la donation que la femme a faite à son mari, et non pour celle que le mari a faite à sa femme. La raison en est que le mari étant, en sa qualité d'administrateur des droits de sa femme, tenu envers elle de veiller à la conservation de ses droits, il ne peut, non plus que ses héritiers qui le représentent, être admis à opposer à sa femme le défaut d'insinuation du Don qu'il lui a fait, puisqu'il était chargé lui-même de remplir cette formalité. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'art. 3o de l'ordonnance du mois de février 1731. « Le mari ni ses héritiers et ayant cause (porte cet article), ne pourront, en aucun cas, et quand même il s'agirait de donation faite par d'autres que par le mari, opposer le défaut d'insinuation à la femme commune ou séparée, ou à ses héritiers ou ayant-cause, si ce n'est que ladite donation eût été faite pour tenir lieu à la femme de bien paraphernal, et qu'elle en eût la libre jouissance et administration. » Mais quand la femme est morte la première, et que le Don mutuel n'a pas été insinué, ses héritiers sont bien fondés à opposer au mari le défaut d'insinuation, et à faire en conséquence déclarer nulle la disposition faite en sa faveur.

On a demandé si, dans la coutume de Paris, la femme devait être admise à révoquer le Don mutuel à cause du défaut d'insinuation? Charondas, Duplessis et Le Maître ont adopté l'affirmative, et le texte de la coutume de Paris semble favoriser leur opinion. En effet, l'art. 284 porte: *Après laquelle insinuation, le Don mutuel n'est révocable, sinon du consentement des deux parties:* d'où il paraît qu'on peut tirer la conséquence que, tant que le mari n'a pas fait remplir la formalité de l'insinuation, la femme a la faculté de révoquer le Don mutuel.

Ricard au contraire a adopté la négative, et il s'est fondé sur le principe général, suivant lequel un donateur ne peut être admis à opposer lui-même contre sa donation le défaut d'insinuation.

Quoique la coutume ait ordonné l'insinuation du Don mutuel dans les quatre mois à compter du jour du contrat, il ne faut pas en conclure que cette formalité ne puisse plus avoir lieu après l'expiration de ce délai. Le mari qui est tenu de faire insinuer cet acte, peut valablement remplir cette obligation tant que son mariage subsiste; et l'on ne peut lui opposer le défaut d'insinuation, qu'autant que cette formalité n'a pas eu lieu avant la mort de la femme. Ainsi, l'effet qui résulte du délai fixé par la coutume, est que le mari ne peut pas être censé avoir négligé de faire insinuer l'acte de Don mutuel, tandis que les quatre mois qui lui sont accordés à cet égard, ne sont point écoulés. C'est pourquoi, si la femme vient à mourir postérieurement au contrat de Don mutuel, et avant l'expiration de ces quatre mois, le mari pourra, dans le temps qui restera de ce délai, faire valablement insinuer le contrat dont il s'agit, sans que les héritiers de sa femme puissent lui imputer aucune négligence ni s'opposer en conséquence à la délivrance du Don mutuel.

Mais en quel endroit doit se remplir la formalité de l'insinuation du Don mutuel, lorsque les parties ont changé de domicile depuis le contrat? Il faut distinguer: si l'insinuation a lieu dans les quatre mois fixés par la coutume, elle doit se faire dans l'endroit où les parties avaient leur domicile au temps du contrat, attendu qu'elle a un effet rétroactif à ce temps: mais, si elle n'a lieu qu'après ces quatre mois, elle doit se faire dans l'endroit où les parties ont leur domicile actuel. Telle est l'opinion de Ricard.

Au surplus, il est inutile d'insinuer le Don mutuel dans l'endroit où sont situées les choses données, attendu que jusqu'à la mort du donateur, il reste de l'incertitude sur ce qui sera l'objet de la donation. Cette décision est fondée sur un arrêt rendu au parlement de Paris, le 29 juillet 1767.

[[La disposition de la coutume de Paris, sur la nécessité de l'insinuation du Don mutuel, est devenue sans objet depuis que le Code Napoleon a dispensé de l'insinuation même les donations entre-vifs.

Mais il reste pour les Dons mutuels qui ont été faits avant la publication du Code Napoléon, deux questions importantes: l'une, si la disposition de la coutume de Paris formait le droit commun sur cette matière; l'autre, si, dans les coutumes muettes, le Don mutuel était du moins sujet à l'insinuation, à peine de nullité, lorsqu'il était fait en forme de *Donation entre-vifs et irrévocable.* — Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces deux questions.

Le 15 avril 1792, contrat de mariage entre Jacques Beugon et Marie-Victoire Thomas, domiciliés à Vassy, département de la Haute-Marne. — Les deux époux se promettent réciproquement, en cas de survie, l'usufruit de tous leurs biens respectifs. — Le 9 thermidor an 8, ils se font, par-devant notaires à Troyes, *au profit du survivant, une donation mutuelle entre-vifs, pure et simple, et irrévocable, en la meilleure forme que donation puisse valoir et avoir lieu, de tous les biens qui se trouveront appartenir au prémourant, au moment de son décès.* — Le même jour, cette donation est enregistrée au bureau de Troyes, avec avertissement *de l'insinuation dans les quatre mois du décès.* — Le 19 fructidor an 9, décès de la dame Beugon. — Le 27 du même mois, Charles Beugon a fait insinuer la donation au bureau de Vassy. — Claude-François Thomas et Christine Thomas, femme Baudot, en demandent la nullité, sur le fondement qu'elle n'a pas été insinuée avant la mort de la dame Beugon. — Le 1er fructidor an 10, jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Vassy, qui rejette leur demande. — Appel. — Le 30 messidor an 11, — « Considérant qu'il n'est pas possible, sans se faire

Digitized by Google

illusion, de méconnaître un instant le caractère de la donation qui est l'objet du procès; que les parties y ayant déclaré qu'elles se donnaient *entre-vifs et d'une manière irrévocable*, le bon sens dit nécessairement qu'elles se sont fait une donation entre-vifs; — Que cette conséquence déduite des simples lumières de la raison, se trouve fortifiée par l'avis des auteurs les plus respectables qui ont défini la donation mutuelle : *La Donation mutuelle*, dit Duplessis en sa 47e consultation, *est une véritable donation entre-vifs, qui lie les parties au moment où elle est faite; elle en a le principal caractère, qui est l'irrévocabilité...; son exécution, à la vérité, est remise au temps de la mort; elle ne doit avoir d'effet que par le décès de l'un des conjoints; et par rapport à chacun d'eux, elle est suspendue par l'incertitude de l'événement; mais dans la donation, il y a deux choses à considérer, la disposition et l'exécution de l'acte : lorsque la disposition lie sur-le-champ la liberté des parties contractantes, c'est une véritable donation entre-vifs, quoique son exécution ait trait à la mort : IN DONATIONE*, dit Dumoulin, *SUNT DUO, DISPOSITIO ET EXECUTIO; DISPOSITIO STATIM LIGAT ET AB EA FIT DENOMINATIO, LICET EXECUTIO HABEAT TRACTUM AD MORTEM;* — Que l'on retrouve les mêmes principes et la même définition dans Ricard, dans Furgole, dans Pothier, etc., tous auteurs professant, en effet, que *le Don mutuel entre conjoints est un Don entre-vifs qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre, et dont le caractère consiste dans son irrévocabilité;* — Qu'en appliquant ces règles à l'espèce, il est impossible de voir dans la donation qui fait l'objet du procès, autre chose qu'une donation entre-vifs; — Que le caractère de cet acte une fois déterminé, la conséquence naturelle est qu'il devait être insinué; — Que cette formalité essentielle était implicitement commandée par l'art. 132 de l'ordonnance de 1539, lequel a ordonné que *toutes donations entre-vifs qui seraient faites ci-après, seraient insinuées et enregistrées, autrement seraient déclarées nulles;* et par la déclaration interprétative du mois de février 1549, qui, en posant la ligne de démarcation entre les actes sujets à l'insinuation et ceux qui en seraient exempts, a placé dans le premier cas toutes les donations simples ou mutuelles *faites* entre-vifs, c'est-à-dire irrévocables, et dans le second, celles qui peuvent se révoquer jusqu'à la mort; — Mais qu'elle l'était d'une manière plus formelle encore, par l'art. 58 de l'ordonnance de Moulins de 1566, qui, rappelant les dispositions des précédentes ordonnances, porte que *doresnavant toutes donations entre-vifs, mutuelles, réciproques, onéreuses, en faveur de mariage, et autres, en quelque forme et qualité qu'elles soient faites entre-vifs, comme dit est, seront insinuées et enregistrées dans les quatre mois du jour de leur date; autrement et faute de ladite insinuation, seront lesdites donations nulles et de nulle valeur, tant en faveur des créanciers que de l'héritier du donateur;* par la déclaration du 5 décembre 1622, dans laquelle la volonté du législateur d'assujettir à l'insinuation *les Dons mutuels entre mari et femme*, se trouve exprimée de la manière la plus formelle; et enfin par l'art. 2 de l'édit de 1703, où ces sortes de libéralités sont de nouveau reprises dans la nomenclature des actes sujets à cette formalité; — Qu'en vain pour atténuer la force de ces deux dernières lois, objecte-t-on que l'une n'est relative qu'à la ci-devant coutume de Poitou, et que l'autre est purement bursale; — Qu'il faut distinguer dans la première, la disposition particulière, et le principe général posé par le législateur, dont elle n'est que la conséquence; et que dans la seconde, il faut également distinguer l'article précité des autres articles de la loi dans lesquels seulement se trouvent les dispositions bursales; — Mais que ce qui tranche toute difficulté sur l'application de ces lois aux Dons mutuels entre mari et femme, c'est l'avis unanime de tous les auteurs et de tous les jurisconsultes qui se sont occupés de la question; que Duplessis, Ricard, Furgole, Ferrière, Bourjon, Pothier, Dénisart, Delaistre sur la coutume de Chaumont, Legrand sur celle de Troyes, etc., sont en effet univoques sur ce point; — Qu'à cette masse d'autorités, vient encore se joindre celle résultante de l'art. 284 de la coutume de Paris, formant en cela le droit commun de la France; autorité d'autant plus imposante, que tout le monde est d'accord que cet article, en assujettissant le Don mutuel à l'insinuation, n'a fait qu'ordonner l'exécution des anciennes ordonnances; et que cette disposition coutumière n'est ainsi qu'un hommage rendu à la loi par les rédacteurs de cette coutume, presque tous jurisconsultes et membres des premières magistratures de l'état; — Qu'en vain veut-on opposer à ces autorités les dispositions des lettres-patentes de 1769, rendues, y est-il dit, *pour déterminer l'esprit des anciennes ordonnances;* — Qu'il suffit de lire ces lettres-patentes, pour demeurer convaincu qu'elles sont uniquement applicables aux donations par contrat de mariage, de manière que c'est seulement l'esprit des ordonnances relatives à cet objet, que le législateur a voulu faire connaître; — Que plus vainement encore voudrait-on se prévaloir de plusieurs des motifs y énoncés, et en conclure notamment que dans l'esprit de ces lettres-patentes, il n'y a de véritables donations entre-vifs, et comme telles assujetties à l'insinuation, que celles contenant transmission de la propriété de biens présens; — Que tout ce qu'on peut conclure de ces motifs, c'est que, *parmi les donations faites entre mari et femme par contrat de mariage*, il n'y a plus que celles des biens présens et déterminés qui soient considérées comme de véritables donations entre-vifs; mais que, par rapport aux autres, c'est-à-dire aux donations mutuelles de biens éventuels, elles ne sont autre chose que des gains de noces et de survie, toujours présumables en des contrats de mariage, et qui pouvant d'ailleurs, *à raison de l'authenticité de l'acte*, être facilement connues de tous les intéressés, n'ont pas besoin, pour prévenir les surprises, d'être assujetties à la forma-

Digitized by Google

lité de l'insinuation ; — Que c'est là, en effet, la seule idée que peuvent présenter les motifs des lettres-patentes, et ce qu'a jugé le tribunal de cassation, par son jugement du 25 ventose an 11 ; — Mais que ces motifs ne s'appliquant nullement aux Dons mutuels faits depuis le mariage, puisque, d'une part, on ne peut les considérer comme des gains de noces; de l'autre, que l'acte qui les contient, presque toujours medité et executé dans le secret, *n'est rien moins qu'authentique ;* il n'y a point de raison de leur appliquer les dispositions de cette loi; — Considérant au surplus que quels que soient ces motifs, c'est a la disposition qu'il faut uniquement s'attacher; et comme elle est seulement relative aux Dons mutuels faits par contrat de mariage, on ne peut, sans en forcer le sens, l'étendre à un autre cas ; —Considérant enfin qu'une dernière raison de regarder les Dons mutuels faits constant le mariage, comme sujets à l'insinuation prescrite par les anciennes lois, se tire d'un décret du 24 germinal an 3, puisqu'il serait difficile de penser que la convention nationale se fût déterminée à prononcer une prorogation de délai pour les faire insinuer, si la formalité en eût été inutile ; — le tribunal (d'appel de Dijon).... dit qu'il a été mal jugé, reformant...., déclare l'acte de donation mutuelle, du 9 thermidor an 8, nul et de nul effet.....» — Charles Beugon se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Il vous le dénonce, (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 14 prairial an 13), comme ayant violé à la fois l'art. 14 de la loi du 17 nivose an 2, concernant les avantages entre époux, et les dispositions des anciennes ordonnances relatives à l'insinuation.

« Nous n'avons qu'un mot à dire sur l'art. 14 de la loi du 17 nivose an 2 : c'est qu'en permettant aux époux de s'avantager, il ne détermine point la forme des actes par lesquels ils pourront le faire; que par conséquent il est censé, sur ce point, s'en referer aux lois antérieures ; qu'ainsi, c'est par les lois antérieures que doit être réglée la forme des donations qu'il autorise entre mari et femme ; et que déja plusieurs fois vous l'avez ainsi juge formellement.

« C'est donc uniquement aux dispositions des anciennes lois sur l'insinuation, que nous devons ici nous attacher; et la seule question que nous ayons à résondre, est celle de savoir si ces dispositions ont été violées ou faussement appliquées par un jugement qui, faute d'insinuation du vivant de la femme, a declaré nulle en faveur des héritiers, une donation mutuelle que son mari et elle s'étaient faite avec les expressions *entre-vifs et irrévocablement*, de tous les biens que chacun d'eux laisserait à sa mort.

« Un premier point bien constant, c'est que si une donation de cette espèce est assujettie, non pas à *l'insinuation fiscale*, mais à *l'insinuation de forme*, ce n'est du moins pas en vertu des dispositions que contient sur cette formalité l'ordonnance du mois de février 1731. Vous savez, en effet, ce que porte l'art. 46 de cette loi ; — « N'entendons comprendre dans les dispositions de la présente ordonnance, ce qui concerne *les Dons mutuels et autres donations faites entre maris et femmes, autrement que par contrat de mariage*, n'pareillement les donations faites par le père de famille aux enfans étant en sa puissance ; à l'égard de toutes lesquelles donations, il ne sera rien innové jusqu'à ce qu'il y ait été autrement par nous pourvu. » — Et comme l'observe Furgole, dans son commentaire sur cet article, l'exception qu'il renferme, n's'applique en général à toutes les dispositions comprises dans la présente ordonnance, et a tous les articles en particulier; en sorte que les Dons mutuels et autres donations faites entre maris et femmes, autrement que par les coutrats de mariages, ni les donations faites par le père de famille aux enfaus qu'il a en sa puissance, ne sont nullement compris dans les différens règlemens que sa majesté a faits dans la presente ordonnance; mais les questions qui surviendront au sujet de ces donations, devront être jugées selon les lois, les coutumes et les usages observés sur ces sortes de donations, tout de même que si cette ordonnance n'avait pas été portée. — De là vient (continue Furgole) que si les lois ou la coutume particulière des lieux ne s'y opposent pas, ces donations peuvent être faites par ecriture privee... elles ne sont pas non plus sujetteséà la nécessite ni a la forme de l'insinuation pour valoir contre les héritiers du donateur, parcequ'elles ne peuvent valoir, en effet, que comme des donations a cause de mort, lesquelles sont exemptees de la necessité de l'insinuation par les anciennes ordonnances. . . . »

« Si l'ordonnance du mois de fevrier 1731 n'assujettit pas à l'insinuation les donations faites entre epoux pendant le mariage, même avec les qualifications *d'entre-vifs et irrévocables*, il en est certainement de même de la declaration du 17 du même mois, qui, à proprement parler, ne forme avec cette ordonnance qu'une seule et même loi, et que le gouvernement a adressee en même temps que celle-ci aux cours supérieures pour y être enregistree conjointement, comme elle l'a été en effet. — On sait d'ailleurs que le seul objet de cette loi était de déterminer, non quelles espèces de donations devraient être insinuées à l'avenir, mais dans quels bureaux et dans quelles formes elles devraient l'être.

« C'est déjà un grand prejugé qu'à l'époque où a paru l'ordonnance de 1731, il n'existait en France aucune loi générale qui, faute d'insinuation, declarât nulles les donations mutuelles entre epoux. Si une pareille loi eût alors existe, qu'aurait-il coûté au legislateur, soit de la révoquer, soit de la maintenir? Son grand objet était de rendre la legislation uniforme sur la matière des dispositions à titre gratuit; et certes, il n'aurait pas laisse échapper une occasion aussi opportune, de fixer toutes les opinions sur un point aussi interessant. — Pourquoi donc a-t-il voulu, par l'art. 46 de son ordonnance, qu'il ne fût rien innové à cet egard, jusqu'à ce qu'il y eût autrement pourvu? Il n'a pu avoir

Digitized by Google

pour cela qu'un seul motif : c'est qu'il y avait des coutumes dans lesquelles l'insinuation était requise, à peine de nullité, pour les Dons mutuels entre mari et femme ; et telle était notamment la coutume de Paris ; c'est qu'il y avait des contrées dans lesquelles la même formalité était établie sous la même peine, par des lois particulières, et telle était, d'après la déclaration du 30 septembre 1622, la province de Poitou ; c'est qu'avant d'abolir ou d'étendre à toute la France cette législation locale, il a voulu se ménager le temps et les moyens d'examiner lequel de ces deux partis s'accordait le mieux avec l'intérêt de tous ; c'est, en un mot, parcequ'il a reconnu que la généralité de la France était là-dessus sans loi expresse. — Aussi, comme vous venez de le voir, Furgole n'hésite-t-il pas à dire que par le droit commun de la France, les donations faites pendant le mariage entre mari et femme, sont exemptes de l'insinuation.

« Elles y étaient cependant assujetties par le droit romain. La loi 25, C. *de Donationibus inter virum et uxorem*, et la novelle 162, chap. 1, voulaient que ces donations, toujours révocables de leur nature, fussent insinuées, pour pouvoir être confirmées par le silence et la mort de l'époux donateur ; qu'à défaut de cette formalité, elles ne valussent que jusqu'à la concurrence de 500 écus ; et que pour le surplus, elles demeurassent sans effet, à moins que le donateur ne les eût ratifiées par un testament ou par un codicille.

« Mais, d'une part, l'arrêt attaqué ne s'est pas même conformé à ces dispositions, puisqu'il a annullé pour le tout la donation du 9 thermidor an 8 ; de l'autre, il est généralement reconnu que les règles du droit romain concernant l'insinuation, étaient tombées en France dans une desuétude universelle, lorsque cette formalité a été rétablie par l'ordonnance de 1539.

« Ainsi, quand même l'arrêt attaqué aurait, non pas annullé pour le tout, mais réduit à 500 écus, la donation mutuelle du 9 thermidor an 8, ce ne serait point dans le droit romain qu'il pourrait trouver sa justification ; il ne pourrait la trouver que dans les dispositions de l'ordonnance de 1539 et des lois subséquentes qui, en rétablissant l'insinuation, auraient soumis à cette formalité les donations entre mari et femme pendant le mariage, et qui les y auraient sommises spécialement dans le cas où, comme dans notre espèce, elles sont réciproques ou mutuelles, et ne portent que sur les biens dont le premier mourant des époux sera encore saisi au moment de son décès.

« Or, existe-t-il de pareilles dispositions dans l'ordonnance de 1539 et dans les lois qui l'ont suivie ? Vous allez en juger.

« L'ordonnance de 1539, art. 132, porte : « Nous voulons que toutes donations qui seront faites ci-après par et entre nos sujets, soient insinuées et enregistrées en nos cours et juridictions ordinaires des parties et des choses données ; autrement seront nulles et ne commenceront à avoir leur effet que du jour de ladite insinuation, *et ce quant aux donations faites en présence des donataires et par eux acceptées.* » — Ces derniers termes prouvent clairement que l'ordonnance n'a en en vue les donations entre-vifs, et qu'elle ne s'applique ni aux donations à cause de mort en général, ni aux dons mutuels en usufruit que la plupart des coutumes d'alors autorisaient entre époux, ni même aux donations mutuelles en propriété que leur permettaient quelques coutumes et la jurisprudence des pays de droit écrit.

« C'est ce qu'établit Dumoulin, dans une consultation qui fait partie de son commentaire sur cette ordonnance même, art. 132 et 133. Il rappelle une conférence qu'il a eue, en décembre 1547, avec un conseiller au parlement de Paris, nommé *Levoix*. Ce magistrat, dit-il, m'a assuré que le parlement avait juge que l'insinuation n'est requise, ni pour les donations rémunératoires, ni pour les donations onéreuses, ni pour les donations à cause de mort ; mais que la question ne s'était pas encore présentée pour les donations mutuelles entre mari et femme. *De insinuatione dixit mihi dominus Levoix quòd tantùm conclusum in curiâ, quòd non requisitur in remuneratoriâ, nec ob causam, nec causâ mortis ; sed nondùm decisum in mutuâ viri et uxoris.* — Je lui ai représenté, continue Dumoulin, que la question était bien moins douteuse pour le Don mutuel entre époux, soit parcequ'il ne porte que sur un usufruit, soit parcequ'il est de son essence d'être égal de part et d'autre ; et que ne pouvant embrasser que des biens communs, il ne peut avoir lieu quand il n'y a pas de communauté : *ego dixi minus esse dubium, tùm quia de usufructu, tùm quia omnino æqualis, ita ut non valeat, si alter conjugum non sit communis nisi pro quartâ, n si donatio hinc indè ad eandem personam verteretur.* — M. Levoix m'a répondu qu'il y a des coutumes où les propres de chacun des époux entrent dans le Don mutuel, et que c'est là ce qui rend la question épineuse : *Respondit mihi quòd sunt loca ubi consuetudo permittit et de propriis dare, in quibus non est vera æqualitas, ut est maritus per totum : ergò cautiùs agendum.* — Mais observez bien que chose : c'est que tous les docteurs s'accordent à regarder la donation mutuelle comme affranchie de la nécessité de l'insinuation, à moins qu'elle ne soit faite de manière à saisir tout de suite chacun des donataires de la propriété des choses données réciproquement. *Adverte tamen : omnes doctores ten ut non opus esse insinuatione in reciprocâ....., nisi in donatione quæ statim ab utrâque parte s rtietur effectum.* — Il est donc bien clair que Dumoulin regardait la disposition de l'art. 132 de l'ordonnance de 1539 comme inapplicable aux donations qu'un mari et une femme pouvaient faire mutuellement de la propriété de leurs biens à celui des deux qui survivrait à l'autre. — Une autre observation non moins importante, c'est qu'au moment où Dumoulin écrivait sa consultation, le parlement de Paris restreignait cette même disposi-

Digitized by Google

tion aux seules donations entre-vifs pures et simples.

« Bientôt après, a paru la déclaration du mois de février 1549, qui a en partie condamné et approuvé en partie cette jurisprudence du parlement. En voici les termes : — « Et au regard du 132e. article (de l'ordonnance de 1539), faisant mention des insinuations et enregistremens des donations, nous déclarons et ordonnons que sous le nom de *donations* seront comprises et sujettes à insinuation les donations faites en traite de mariage et autres *donations faites entre-vifs*, combien qu'elles ne soient simples, ains rémunératoires ou autrement causées, *et non les donations à cause de mort qui se peuvent révoquer jusqu'à la mort du donateur*, lesquelles ne seront sujettes à aucune insinuation. »

« Ici sans doute on va dire, et la cour d'appel de Dijon n'y a pas manqué, que la déclaration de 1549 n'exempte pas de l'insinuation toutes les espèces de *donations à cause de mort*, mais seulement celles *qui se peuvent révoquer jusqu'à la mort du donateur;* que dans notre espèce, la donation mutuelle du 9 thermidor an 8 est stipulée irrévocable; qu'ainsi, fût-elle à cause de mort, elle ne serait pas pour cela affranchie de l'insinuation; mais qu'on ne peut pas même la ranger dans la classe des donations à cause de mort, puisqu'elle est expressément qualifiée *entre-vifs;* que conséquemment, sous l'un comme sous l'autre rapport, elle est nulle, faute d'avoir été insinuée du vivant de la dame Beugon. — Cette objection est spécieuse; mais il s'en faut de beaucoup qu'elle soit concluante.

« D'abord, rien de plus indifférent que le nom dont il a plu au notaire de revêtir l'acte fait le 9 thermidor an 8 entre le sieur Beugon et son épouse. Ce n'est point par les dénominations attribuées aux contrats, c'est par leur substance, que s'en détermine la nature. *In conventionibus contrahentium voluntatem potiùs quàm verba spectare placuit*, dit la loi 219, D. *de Verborum obligationibus.* Il importe donc peu que l'acte du 9 thermidor an 8 soit qualifié de *donation entre-vifs;* s'il ne l'est point réellement, s'il ne renferme qu'une libéralité mutuelle à cause de mort, c'est comme libéralité mutuelle à cause de mort que nous devons le considérer; et dès-là, nulle raison, nul prétexte pour lui appliquer la disposition de la déclaration de 1549, qui assujettit les donations entre-vifs à la formalité de l'insinuation.

« Ensuite, que peut-on inférer de ce que par l'acte du 9 thermidor an 8, il est dit que ni l'un ni l'autre des époux ne pourra révoquer la donation qu'ils se font mutuellement? Supposons qu'en effet cette donation ait été absolument irrévocable; supposons que l'on puisse, d'après la loi du 17 nivose an 2, appliquer aux donations mutuelles en propriété, le principe de l'irrévocabilité à laquelle l'ancienne jurisprudence avait soumis les Dons mutuels en usufruit que la coutume de Chaumont permettait entre mari et femme; supposons, en un mot, que la loi du 17 nivose an 2, en autorisant les époux sans enfans à se donner mutuellement tous leurs biens, ait dérogé momentanément à la maxime du droit romain, renouvelée par l'art. 1096 du Code Napoléon, que toute donation entre époux est essentiellement révocable jusqu'au décès; — que résultera-t-il de cette hypothèse, toute gratuite qu'elle nous paraît? Il en résultera sans doute que nous ne pourrons pas adapter à l'acte du 9 thermidor an 8, la disposition de la déclaration de 1549, qui affranchit de l'insinuation *les donations à cause de mort qui se peuvent révoquer jusqu'à la mort du donateur;* mais sera-ce une raison pour le regarder comme assujetti par la même loi, et comme assujetti sous peine de nullité, à l'insinuation qu'elle prescrit sous cette peine pour les donations entre-vifs?

« La peine de nullité est pour un acte ou un contrat, ce qu'est la *peine de mort* pour un être vivant. Ainsi, tout acte, tout contrat contre lequel la peine de nullité n'est pas formellement prononcée, doit, par cela seul, être maintenu; comme toute action à laquelle n'est pas formellement infligée la peine de mort, doit par cela seul en être exempte. — Et de même qu'une loi criminelle qui, après avoir puni de mort un délit de telle nature, excepterait de sa disposition un autre délit, ne pourrait pas être regardée comme infligeant cette peine à tous les délits qui ne seraient pas compris dans l'exception, mais qu'elle se restreindrait nécessairement au délit sur lequel frapperait sa disposition expresse; de même aussi quand une loi civile, après avoir déclaré nuls certains actes, excepte de la nullité qu'elle a prononcée des actes d'une espèce particulière, les actes qui ne sont pas compris dans l'exception, ne sont pas pour cela nuls: ils ne le seraient que dans le cas où la disposition principale et limitée par l'exception, frapperait expressément sur eux.

« Ainsi, de ce que la déclaration de 1549 n'excepte de la nécessité de l'insinuation que les *donations à cause de mort qui se peuvent révoquer du vivant du donateur*, il ne s'ensuit pas que les donations à cause de mort irrévocables doivent être insinuées, à peine de nullité. Il faudrait, pour justifier une pareille conséquence, que les donations à cause de mort en général fussent comprises dans la disposition qui déclare nulles les donations non insinuées. Ou, pour dire la même chose en d'autres termes, l'exception que fait la loi en faveur des donations à cause de mort révocables, ne peut pas donner à la disposition plus d'étendue qu'elle n'en a par elle-même; et si la disposition n'atteint pas expressément les donations à cause de mort en général, elle ne peut pas être censée atteindre implicitement les donations à cause de mort irrévocables, sous le prétexte qu'elles ne sont pas renfermées dans l'exception.

« Or, les donations à cause de mort en général sont-elles, par la disposition de la loi, soumises, sous peine de nullité, à l'insinuation de forme? Non, la disposition de la loi n'y soumet que les donations entre-vifs. Les donations à cause de mort même irrévocables, n'y sont donc pas assujetties. Peu importe, par conséquent, que l'exception ne porte que sur

Digitized by Google

les donations qui se peuvent révoquer du vivant du donateur; ces derniers termes, *qui peuvent se révoquer du vivant du donateur,* ne sont pas, ne peuvent pas être limitatifs; ils ne sont places dans l'exception que *demonstrationis causâ;* ils n'y sont que parceque le plus communément tout donateur peut, de son vivant, révoquer la donation qu'il a faite à cause de mort.

« Et vainement prétend-on que l'irrévocabilité est incompatible avec le caractère d'une donation de cette espèce. Vainement cherche-t-on à établir par-là qu'une donation qui, par elle-même, est à cause de mort, change de nature et prend le caractère d'une donation entre-vifs, qnand elle est irrévocable. De pareilles idées sont en contradiction formelle avec les vrais principes.

« Qu'est-ce qu'une donation entre-vifs? c'est une disposition par laquelle on se dessaisit actuellement de la propriété de choses certaines et déterminées au profit d'une personne que l'on en saisit à l'instant même. *Dat aliquis* (dit la loi 1, *de donationibus*, au Digeste), *eâ mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem et munificentiam exerceat; et hæc propriè donatio appellatur.* — Ainsi, pour qu'il y ait donation entre-vifs, il faut essentiellement qu'il y ait translation actuelle et effective, à titre gratuit, d'une propriété présente et certaine. — Celui-là ne donne donc pas entre-vifs, qui donne les biens qu'il laissera à sa mort: les biens qu'il laissera à sa mort, ne sont pas certains; ils ne sont pas déterminés, ils ne sont pas présens; ils ne peuvent donc pas faire la matière d'une donation entre-vifs. *Non videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt:* ce sont les termes de la loi 167, D. *de regulis juris.*

« Et il est fort indifférent que, soit par un privilége particulier au contrat qui la renferme, soit par l'effet de clauses expresses et autorisées par la loi, la donation des biens qu'on laissera à son decès, soit irrevocable. — Quoiqu'irrévocable, elle conserve toujours sa nature de donation à cause de mort, parceque pour être donation entre-vifs, il faudrait qu'elle portât sur des biens présens, et qu'elle en dessaisit actuellement le propriétaire. — *Qu'y* a-t-il de moins revocable que les dispositions *qui*, par contrat de mariage, assurent aux futurs époux ou à leurs enfaos à naître, soit la totalité, soit une quote des biens que telle personne laissera en mourant? Cependant, l'art. 3 de l'ordonnance de 1731 les qualifie expressément de *donations à cause de mort:* — « Toutes donations à cause de mort (y est-il dit), à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorenavant avoir aucun effet..., que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testamens et les codicilles... » — L'art. 15 parle également de *dispositions à cause de mort qui seraient faites dans un contrat de mariage* — Aussi est-il bien constant que l'institution contractuelle n'est pas comprise dans l'article de la déclaration de 1549, qui annulle les *donations entre-vifs* non insinuées du vivant des donateurs; et c'est ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement d'Aix, du mois de novembre 1644, et du 29 juin 1699, rapportés par Duperrier et par le president de Basieux; deux arrêts du parlemeot de Paris, l'un rendu dans la maison d'Albret, l'autre du 7 septembre 1657, cités l'un et l'autre dans le Journal du Palais, tom. 2, page 394. C'est encore sur le même fondement qu'un arrêt de la même cour, du 28 avril 1758, a déclaré valable, qnoique non insinnée, une disposition par laquelle deux personnes, étrangères à une fnture épouse, avaient déclaré, dans son contrat de mariage, lui donner *la pleine propriété de tous les biens, tant meubles qu'immeubles, qu'elles pourraient laisser après leur décès....* (V. *Institution contractuelle*, sect 6 et 7).

« Il est donc bien évident que la déclaration de 1549 ne peut être appliquée à l'acte du 9 thermidor an 8, ni sous le prétexte qu'il est qualifié *donation entre-vifs*, ni sous le prétexte qu'il est stipulé *irrévocable.*

« Avançons, et voyons si les lois plus récentes l'ont compris dans leurs dispositions relatives à l'insinuation de forme.

« Celle qui se présente la première dans l'ordre des dates, est l'ordonnance de Moulins de 1566: voici ce qu'elle porte, art. 58: « Pour ôter, à l'avenir, toutes occasions de fraudes et de doutes qui pourraient être mus entre nos sujets pour l'insinuation de donations qui seront ci-après faites, avons ordonné que dorénavant *toutes donations faites entre-vifs, mutuelles*, réciproques, onérenses, en faveur de mariage et autres, en quelque forme et manière qu'elles soient faites *entre-vifs, comme dit est*, seront insinuées ès greffes de nos sièges ordinaires de l'assiette des choses données et de la demeure des parties.... autrement, et à faute de ladite insinuation, demeureront lesdites donations *nulles et de nul effet et valeur.* »

« Il n'est encore là question, comme vous le voyez, que des *donations entre-vifs*; et il est inutile de répéter que ce n'est point une donation entre-vifs, mais une véritable donation à cause de mort que le sieur Beugon et son épouse se sont faite par l'acte du 9 thermidor an 8.

« Dira-t-on que cette donation est *mutuelle*, et que les donations mutuelles sont textuellement comprises dans l'ordonnance de Moulins? Mais l'ordonnance de Moulins ne parle que des *donations mutuelles entre-vifs*, et assurément ce n'est pas entre-vifs que le sieur Beugon et sa femme se sont donné mutuellement tous les biens qu'ils laisseraient respectivement à leur décès. Ils ont, à la vérité, déclaré se les donner entre-vifs, mais ils n'ont pas pu, par cette déclaration, changer l'essence des choses. Or, 1°., il est de l'essence d'une donation qui ne porte que sur les biens dont le donateur se trouvera saisi au moment de son décès, d'être à cause de mort. 2°. Quand la donation faite entre le sieur

Digitized by Google

Beugon et sa femme, aurait porté sur des biens présens, elle n'aurait pas encore pu être considérée comme donation entre-vifs, pourquoi? parceque toute donation prend essentiellement le caractère de donation à cause de mort, par cela seul qu'elle est faite entre mari et femme. Ainsi l'avaient reglé les lois romaines; et l'art. 18 du tit. 1er de l'ordonnance des substitutions de 1747, a pleinement adopté leurs principes, en déclarant passibles de substitutions fideicommissaires, même après leur acceptation, *les donations entre mari et femme.... ou* AUTRE *donation à cause de mort.*

« Après l'ordonnance de Moulins de 1566, vient la déclaration du 30 septembre 1622; et il faut convenir que si cette déclaration faisait loi dans toute la France, ou du moins dans l'ancien territoire de la coutume de Chaumont, elle pourrait prêter quelques couleurs favorables au système embrassé par l'arrêt attaqué. Mais elle n'a jamais fait loi que pour la coutume de Poitou, et voici à quelle occasion elle y a été introduite.

« L'art. 209 de la coutume de Poitou permettait au mari et à la femme de *se donner, par donation mutuelle ou simple, tous les meubles, acquets et conquets immeubles, et la tierce-partie des propres à perpétuité, soit qu'il y eût enfans ou non*; et l'art. 213 ajoutait que chacun des époux donateurs pouvait, jusqu'à sa mort, révoquer ces sortes de donations.

« D'après ces deux articles combinés, il était clair que la coutume de Poitou ne considérait les donations entre mari et femme, que comme des dispositions à cause de mort; et de là sortait naturellement la conséquence qu'elles n'étaient point sujettes à l'insinuation. C'est effectivement ce qu'avaient jugé plusieurs arrêts du parlement de Paris; mais d'autres arrêts avaient jugé le contraire, et cette diversité de jurisprudence fixa les regards du législateur. Forcé de prendre un parti entre l'une et l'autre opinion, il crut devoir donner la préférence à celle que la coutume de Paris, réformée en 1583, avait erigée en loi pour son territoire. En conséquence, par la déclaration dont il s'agit, il s'expliqua en ces termes : — « Nous avons déclaré et déclarons notre vouloir et intention être que l'ordonnance de Moulins soit, à l'avenir, observée par tout notre royaume, même en notre province de Poitou, nonobstant ledit article de coutume à ce contraire; et que les donations qui seront ci-après faites entre mari et femme, en quelques termes qu'elles puissent être conçues, soient insinuées dans les quatre mois.... »

« Si le parlement de Paris eût trouvé cette disposition conforme au véritable esprit de l'ordonnance de Moulins; s'il eût pensé que l'ordonnance de Moulins dût être entendue et exécutée dans toute la France, comme cette déclaration voulait qu'elle le fût dans le Poitou, il n'aurait pas manqué, en enregistrant cette declaration, d'en ordonner l'envoi à tous les tribunaux de son ressort; et il y était, non seulement autorisé, mais encore obligé par la clause qui voulait que l'art. 48 de l'ordonnance de Moulins fût *dans tout le royaume, et même en la province de Poitou*, applique aux donations entre mari et femme. Mais convaincu que telle n'était point la véritable intention de l'ordonnance de Moulins, et qu'on voulait lui donner un sens forcé, il crut devoir restreindre au territoire de la coutume de Poitou, la loi qu'on lui adressait; et, en conséquence, par son arrêt d'enregistrement du 5 décembre 1622, il n'en ordonna l'envoi qu'*aux juges de la sénéchaussée de Poitou.*

« Qu'on dise donc tant que l'on voudra que, par cette déclaration, Louis XIII a interprété l'art. 48 de l'ordonnance de Moulins de manière à le rendre, dans toute la France, applicable aux donations entre époux : le fait est incontestable. Mais ce que l'on ne peut pas contester davantage, c'est que la volonté de Louis XIII n'a pas été revêtue, pour toute la France, du sceau de l'enregistrement; c'est qu'au contraire, par le refus qu'il a fait de l'enregistrer pour toute la France, le parlement de Paris a prouvé qu'elle heurtait de front la loi qu'elle paraissait interpréter, qu'elle en faisait une extension abusive, et que c'était précisément à l'interprétation contraire que l'on devait s'attacher.

« Nous voici parvenus à une autre déclaration qui a été rendue et enregistrée pour toute la France, et qui va beaucoup plus loin encore que celle du 30 septembre 1622 : c'est la déclaration du mois de mai 1645 qui assujettit à l'insinuation, sous peine de nullité, non seulement les donations entre-vifs, mais encore les donations à cause de mort, et même les donations purement testamentaires. — Ne nous laissons cependant pas éblouir par les dispositions de cette loi; et d'abord remarquons qu'elle est purement bursale. « *Pour subvenir* (porte-t-elle) *aux excessives dépenses de la guerre...*, nous n'aurions pu trouver de moyen qui charge moins nos sujets, que d'établir à notre profit, un droit d'insinuation de tous contrats et autres actes portant donation, attendu que ceux qui paieront ledit droit, en retireront notable bénéfice. A ces causes..., voulons que dorénavant toutes donations par nous faites ou par les particuliers, tant entre-vifs qu'à cause de mort, soit par testamens, contrats de mariage ou autrement, pour quelque cause et occasion que ce soit...., seront nuls et de nul effet, s'ils ne sont insinués et registrés ès registres des insinuations du ressort du bailliage ou justice du domicile des donateurs ou testateurs, et où seront situés les biens et choses données, *dans quatre mois du jour de la date d'iceux*; lequel temps, pour le regard des donations par testamens et substitutions, ne courra que du jour du decès des donateurs ou testateurs. »

« Une autre particularité bien remarquable, c'est que cette declaration ne fut enregistrée que dans un lit de justice et avec dix-huit autres edits bursaux. Aussi, et c'est ce qui tranche ici toute difficulté, aussi ne reçut-elle aucune exécution : l'auteur du Dictionnaire des domaines, dont le témoignage

Digitized by Google

n'est pas suspect en matière fiscale, nous en est garant; et ce qui confirme bien positivement son assertion, c'est que lors de l'arrêt rendu le 7 septembre 1657, sur la question de savoir si l'institution contractuelle était sujette à l'insinuation, M. l'avocat général Talon disait, dans ses conclusions rapportées au Journal des audiences: — « Les institutions d'héritier (par contrat de mariage), ne peuvent être des actes entre-vifs, mais seulement des actes à cause de mort; et comme *les donations à cause de mort ne sont pas sujettes à insinuation*, conséquemment ces institutions d'héritier n'y sont point sujettes. »

« Voilà sans doute pourquoi la cour d'appel de Dijon n'a pas cité, dans les motifs de son arrêt, la déclaration du mois de mai 1645. Mais si elle a gardé le silence sur cette loi, elle n'en a pas usé de même par rapport à l'édit du mois de décembre 1703; et tout en convenant que cet édit était purement bursal dans celles de ses dispositions qui assujettissent à l'insinuation les jugemens, les contrats de vente et d'échange, les mutations par décès, etc., elle a soutenu qu'on devait le regarder comme loi purement civile dans son deuxième article.

« Que porte donc l'art. 2 de l'édit de 1703? — « Voulons que toutes donations entre-vifs ou à cause de mort, soit de meubles ou immeubles (à l'exception de celles faites en ligne directe par contrats de mariage), tous Dons mutuels, ensemble toutes dispositions entre-vifs ou de dernière volonté contenant des substitutions ou exhérédations, soient insinuées et enregistrées ès registres des greffiers (des insinuations), *dans le temps et sous les peines portées* par l'art. 132 de l'ordonnance de 1539, par les art. 57 et 58 de l'ordonnance de Moulins, et par les déclarations des 10 juillet 1566 (particulière aux substitutions), et 17 novembre 1690. »

« On voit que cet article enchérit sur l'ordonnance de 1539 et sur celle de Moulins. L'ordonnance de 1539 et celle de Moulins n'assujettissaient à l'insinuation que les donations entre-vifs; cet article y assujettit de plus trois autres espèces d'actes, savoir, *les donations à cause de mort, les Dons mutuels* entre mari et femme, et *les dispositions entre-vifs ou de dernière volonté contenant des substitutions ou des exhérédations*. Mais les y assujettit-il du vivant des donateurs ou testateurs, et sous peine de nullité?

« L'affirmative, au premier coup-d'œil, ne paraît pas douteuse. *Seront insinuées et enregistrées dans le temps et sous les peines portées par l'art.* 132 *de l'ordonnance de* 1539, *par les art.* 57 *et* 58 *de l'ordonnance de Moulins*... Or, quel est le temps dans lequel doit être faite l'insinuation prescrite par ces lois? Elle doit l'être dans les quatre mois de la date des actes qui y sont sujets. Et quelle est, suivant les mêmes lois, la peine de l'omission de cette forme? La nullité. Donc les donations à cause de mort, les Dons mutuels, les testamens qui contiennent des substitutions ou des exhérédations, doivent, à peine de nullité, être insinués dans les quatre mois de leurs dates. — Voilà ce que paraît dire, ce que paraît vouloir l'art. 2 de l'édit de 1703.

« Mais prenons-y garde, cet article, ainsi entendu, présenterait un sens absurde. Il en résulterait qu'un testament contenant substitution ou exhérédation, serait nul, s'il n'était pas insinué avant la mort du testateur, c'est-à-dire, avant qu'il formât un véritable titre, avant qu'il eût acquis son existence parfaite, avant qu'il fût un testament proprement dit; et si, comme on n'en saurait douter, il est impossible d'attribuer une pareille intention à la loi pour les testamens, il est également impossible de la lui attribuer pour les donations à cause de mort et pour les Dons mutuels; car la loi fait marcher ces trois actes de front: elle les place sur la même ligne; elle n'établit entre eux, quant à l'insinuation, aucune espèce de différence.

« Que fait donc l'art. 2 de l'édit de 1703, quand il ordonne l'insinuation de ces trois actes *dans le temps et sous les peines portées* par les lois qu'il rappelle? Il suppose que les lois qu'il rappelle, ont prescrit un *temps* et des *peines*, relativement à ces trois actes. Mais *supposer* n'est pas *disposer;* une supposition erronée ne peut pas avoir l'effet d'une disposition irritante: ce n'est point par des suppositions que l'on établit une peine de nullité; on ne peut l'établir que par des dispositions expresses. — Et ce principe, qui est vrai pour toutes les lois, s'applique avec bien plus de raison encore aux lois de finance, telle que l'édit de 1703, qui n'a subi aucune sorte d'examen de la part du chef de la justice, et qui n'est visé que par le contrôleur général Chamillard, ministre absolument étranger à la législation civile, et uniquement occupé des moyens de faire arriver l'argent au trésor public.

« Ce que nous disons de l'édit de 1703, nous devons le dire également de la déclaration du 20 mars 1708, qui, en l'interprétant, ordonne qu'il n'y aura d'exempt *de tout droit d'insinuation*, que les donations faites par les pères, mères, aïeux ou aïeules à leurs enfans, par contrat de mariage ou à cause de mort; et qu'à l'égard des autres donations, soit entre-vifs ou à cause de mort, des donations par forme d'augment ou contre-augment, des Dons mobils, des droits de rétention, agencemens, gains de noces et de survie dans les pays où ils sont en usage, des *Dons mutuels*, et généralement de toutes les donations, de quelque nature et qualité qu'elles puissent être, même stipulées entre mari et femme par contrat de mariage, *ou faites par donation à cause de mort ou testament*, elles seront *insinuées et enregistrées dans le temps et sous les peines portées par l'art.* 2 *de l'édit du mois de décembre* 1703. — L'art. 2 de l'édit de décembre 1703 ne porte point, à défaut d'insinuation, la peine de nullité contre les trois espèces d'actes qu'il ajoute aux donations entre-vifs; la déclaration de 1708 ne la prononce donc pas non plus en renvoyant à cet article. — « Ainsi (dit Pajon, dans ses *Observations sur les donations*, imprimées en 1761), pour deci-

Digitized by Google

der de la validité ou de la nullité de quelqu'un des actes ou contrats compris dans la déclaration de 1708, et qui n'aurait pas été insinué, il faut voir quelle peine cette déclaration prononce, en cas que cet acte n'ait pas été insinué. On trouve qu'il devait l'être *sous les peines portées* par l'art. 2 de l'édit du mois de décembre 1703; il faut donc voir quelles sont les peines que l'édit de 1703 a portées contre cet acte non insinué: on trouve que c'est *sous les peines portées* par l'art. 132 de l'ordonnance de 1539, par les art. 57 et 58 de l'ordonnance de Moulins, par la déclaration du 10 juillet 1566, et par la déclaration du 17 novembre 1690; il faut donc remonter encore à ces ordonnances et à ces déclarations, pour voir si elles ont prononcé contre cet acte non insinué, *la peine de nullité;* et on trouve que ces deux ordonnances et ces deux déclarations n'ont parlé de cet acte en aucune manière, et par conséquent n'ont porté contre lui aucune peine par faute d'insinuation; il en faut conclure que la peine de nullité n'est point prononcée contre cet acte, en cas que l'on ait omis de le faire insinuer. »

« Ajoutons à ce raisonnement une observation qui sort du texte même de la déclaration de 1708. — L'art. 13 de cette loi veut que *pour faciliter* aux greffiers et au fermier des droits d'insinuation la régie et la perception de ces droits, les notaires et les autres personnes publiques soient tenus de leur délivrer, tous les trois mois, des extraits des contrats, sentences, jugemens et autres actes sujets à insinuation, qu'ils auront passés ou reçus en dépôt, *à l'exception toutefois des donations à cause de mort et testamens, qui ne seront délivrés qu'après le décès des donateurs ou testateurs.* — Donc, suivant la déclaration de 1708 elle-même, les donations à cause de mort ne doivent être insinuées qu'après le décès des donateurs. Donc quand cette déclaration veut que les donations à cause de mort soient insinuées dans le temps et sous les peines portées par l'ordonnance de 1539 et par celle de Moulins, elle n'entend point annuller les donations à cause de mort qui ne seraient pas insinuées dans les quatre mois de leurs dates.

« Et remarquons bien que ce qu'elle dit à cet égard des donations à cause de mort, elle est censée le dire, ou plutôt elle le dit réellement, des donations mutuelles entre mari et femme, des biens qu'ils laisseront respectivement à leur décès; car, nous l'avons prouvé démonstrativement, ces sortes de donations entre mari et femme sont essentiellement à cause de mort, et l'on ne peut considérer comme donations entre-vifs que les dispositions gratuites qui ont pour objet des biens présens dont la propriété est actuellement transférée de la personne du donateur à celle du donataire,

« Nous savons bien que malgré la force de ces raisons, ou plutôt parceque ces raisons n'avaient pas d'abord été développées et senties, il a été rendu, au parlement de Paris, deux arrêts, l'un du 12 juin 1752, l'autre du 30 août 1759, qui ont annullé des Dons mutuels entre mari et femme, faute d'insinuation. Mais à ces deux arrêts, rapportés par Denizart et par l'auteur du *Dictionnaire des domaines*, nous pouvons en opposer et de plus anciens et de plus récens qui ont jugé le contraire. Nous pouvons surtout invoquer celui qui a été rendu, *consultis classibus*, le 10 mars 1777 (*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 5, page 425), et qui, par la solennité, autant que par la profondeur de la discussion dont il a été précédé, doit être regardé comme l'ancre immuable de cette partie de la jurisprudence.

« Ce ne serait pourtant pas un moyen de cassation contre le jugement attaqué par le demandeur, que la contrariété qui existe entre sa disposition et celle du célèbre arrêt de 1777. Mais ce qui nous paraît nécessiter la cassation de ce jugement, c'est qu'il étend aux donations à cause de mort, une peine de nullité que l'ordonnance de 1539, la déclaration de 1549, l'ordonnance de Moulins, l'édit de 1703, la déclaration de 1708, ne prononcent que contre les donations entre-vifs non insinuées; c'est, si l'on veut, qu'il convertit en donation entre-vifs, une donation qui a tous les caractères de la donation à cause de mort; c'est qu'il méconnaît le principe consacré par toutes les lois et rappelé dans votre arrêt du 25 ventose an 11, que les seules donations sujettes à l'insinuation sous la peine de nullité, sont *les donations entre-vifs et de biens présens; et qu'on ne peut regarder comme donation entre-vifs et de biens présens, quelque titre que les parties lui aient appliqué, une donation faite réciproquement.... au survivant des époux, des biens qui se trouveront au décès du premier mourant, puisque l'événement d'une semblable donation dépend absolument de la volonté des époux, et serait réduite à rien, si les époux aliénaient tout de leur vivant.*

« Et vainement la cour d'appel de Dijon a-t-elle opposé à ce grand principe, le suffrage de quelques auteurs qui, trompés par la déclaration du 30 septembre 1622, et la regardant comme faisant loi dans toute la France, tandis qu'elle est limitée à la coutume de Poitou, en ont conclu que les Dons mutuels entre époux sont nuls faute d'insinuation. L'erreur de ces écrivains ne peut pas légitimer un jugement que les lois condamnent; et d'ailleurs il n'est pas vrai que tous les écrivains cités par la cour d'appel de Dijon, aient embrassé la doctrine qu'elle leur prête : Furgole, notamment, la rejette de la manière la plus positive.

« Ce n'est pas avec plus de raison que cette cour a prétendu tirer des lettres-patentes du 3 juillet 1769, une induction favorable à son système. Nous convenons que ces lettres-patentes n'exemptent de l'insinuation, pendant la vie des deux époux, que les gains de noces et de survie stipulés par leurs contrats de mariage. Mais pourquoi ne parlent-elles que de ces sortes d'avantages? Parceque la jurisprudence n'avait varié qu'à leur égard, parcequ'à leur égard, seulement il était devenu nécessaire de la fixer. — Et la chose est si peu douteuse, que ces lettres-patentes elles-mêmes déclarent dans leur préambule, que la formalité de l'insinuation n'a été établie *que*

Digitized by Google

pour donner aux donations une authenticité capable de prémunir ceux qui ont ou peuvent avoir, par la suite, des droits sur les biens donnés, contre toute espèce de surprise : preuve incontestable et sans réplique, que le motif de l'etablissement de l'insinuation est inapplicable aux donations mutuelles entre époux des biens qu'ils laisseront à leur mort, puisque ces donations, ne produisant aucun effet, ne transmettant aucun droit avant la mort de l'un des epoux, il est impossible qu'elles deviennent jamais un moyen de *surprise* pour qui que ce soit. — Enfin, ce qui achève de lever tous les doutes, c'est que dans leur dispositif, les lettres-patentes de 1769, voulant déterminer quelles sont, entre époux, les donations qui doivent être insinuées à peine de nullité, ne désignent que les *donations absolues et de biens présens.*

« La cour d'appel de Dijon n'a pas mieux raisonné d'après la loi du 24 germinal an 3, qu'elle ne l'a fait d'après les lettres-patentes de 1769. Cette loi suppose bien qu'il y a des Dons mutuels sujets à l'insinuation, et tels étaient en effet ceux qui étaient faits entre époux domiciliés dans la coutume de Paris. Mais elle ne dit pas qu'ils le sont par-tout; elle n'établit à cet égard aucun droit nouveau, elle laisse les choses dans leur ancien état; elle se borne à déclarer que le défaut d'insinuation ne pourra pas être opposé aux actes que les lois antérieures soumettaient à cette formalité, et qui, n'ayant pas été insinués depuis le 1er avril 1793, le seront dans les trois mois de sa publication.

« Rien ne peut donc justifier l'opinion adoptée par l'arrêt que vous dénonce le demandeur; tout se réunit, au contraire, pour établir qu'elle est en opposition diametrale avec les lois les plus expresses; et, par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuller cet arrêt. »

Arrêt du 14 prairial an 13, au rapport de M. Oudart, par lequel, — « Vu l'art. 132 de l'ordonnance de 1539; — Vu aussi la déclaration du mois de février 1549; — Vu enfin les lois qui seront citées et discutées ci-après; — La cour, considerant que la donation mutuelle faite par Jacques Beugon et son epouse, au survivant des deux époux, par acte du 9 thermidor an 8, quoiqu'elle soit qualifiée donation entre-vifs, n'est qu'une donation à cause de mort, que la nature des conventions se doit déterminer, non par les qualifications qui leur sont données, mais suivant la loi 219, D. *de verborum obligationibus*, par les dispositions qu'elles renferment; que l'art. 894 du Code Napoléon définit en ces termes la donation entre-vifs, conformément à la loi 1, D. *de donationibus*, et à la loi 162, D. *de reg. jur.*: *La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte*; que, par l'acte du 9 thermidor an 8, les époux ont donné au survivant les biens que le prédécédé laisserait après sa mort; que ces biens n'étant ni certains, ni déterminés, ni présens, ne pouvaient pas faire la matière d'une donation entre-vifs; que toute donation prend essentiellement le caractère de donation à cause de mort, lorsqu'elle est faite entre mari et femme, suivant les lois romaines et l'art. 18 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, qui déclare passibles de substitution fidéicommissaire, même après leur acceptation, les donations entre mari et femme ou autres donations à cause de mort; qu'en supposant irrévocable la donation faite entre Jacques Beugon et son épouse, elle serait encore une donation à cause de mort; que les dispositions d'un contrat de mariage qui assurent aux futurs époux ou à leurs enfans à naître, tout ou partie des biens que telle personne laissera en mourant, sont irrévocables, et néanmoins qualifiées expressément donations à cause de mort, par l'art. 3 de l'ordonnance de 1731; que l'art. 13 parle également des dispositions contractuelles qui, quoiqu'irrévocables, sont aussi des dispositions à cause de mort; — Considérant que l'art. 132 de l'ordonnance de 1539, qui a établi en France la formalité de l'insinuation, assujettit toutes donations à l'insinuation ès-juridictions des choses données, autrement seront nulles et ne commenceront à avoir leur effet que du jour de ladite insinuation, et ce, quant aux donations faites en présence des donataires et par eux acceptées; que ces derniers termes et ceux-ci, *des choses données*, supposent des biens présens et une donation entre-vifs; que tel est l'avis de Dumoulin, dans une consultation qui fait partie de son commentaire sur cette ordonnance, dans laquelle il conclut de cette disposition, que la donation mutuelle est affranchie de cette formalité, à moins qu'elle ne saisisse de suite les donataires; — Que la déclaration du mois de février 1549 porte que, sous le nom de donations sujettes à l'insinuation, seront comprises les donations faites en traité de mariage et autres donations entre-vifs, et non les donations à cause de mort, qui se peuvent révoquer jusqu'à la mort du donateur; que ces derniers termes sont démonstratifs et non limitatifs, parce que le plus souvent les donations à cause de mort sont révocables; que, d'ailleurs, quand il serait vrai que cette déclaration n'excepte que les donations à cause de mort révocables, il ne s'ensuivrait pas que les donations à cause de mort irrévocables dussent être insinuées à peine de nullité; que l'exception introduite par cette déclaration, ne peut pas donner à l'ordonnance de 1539 une étendue qu'elle n'a pas par elle-même, et produire implicitement un effet que la première loi ne produit pas expressément; et que la peine de nullité ne peut s'induire ainsi ni se suppléer; que l'ordonnance de Moulins de 1566, art. 58, soumet à l'insinuation, à peine de nullité, toutes donations faites entre-vifs, mutuelles, réciproques, onéreuses, en faveur de mariage et autres, en quelque forme et manière qu'elles soient faites entre-vifs, comme dit est; d'où il suit que la donation dont il s'agit étant à cause de mort et non entre-vifs, n'est pas soumise par cette loi à l'insinuation; — Que la déclaration du 30 septembre 1622 a été restreinte, par l'arrêt de son enregistrement du 5 décembre suivant, au ressort de la coutume de Poitou,

Digitized by Google

et que l'envoi n'en fut ordonné qu'aux sièges de la sénéchaussée de Poitou; qu'elle ne peut conséquemment s'appliquer à des personnes et à des biens hors de ce ressort; que la déclaration purement bursale de 1645, registrée dans un lit de justice, resta sans exécution, ainsi que l'atteste l'auteur du Dictionnaire des Domaines; que l'édit également bursal du mois de décembre 1703, assujettit les donations à cause de mort, les Dons mutuels entre mari et femme, et les dispositions entre-vifs ou de dernière volonté, contenant des substitutions ou des exhérédations, à la formalité de l'insinuation, dans le temps et sous les peines portées par l'ordonnance de 1539 et l'ordonnance de Moulins; que cette loi suppose que les lois précédentes ont prescrit un temps et des peines relativement aux donations à cause de mort, aux Dons mutuels entre mari et femme, et aux dispositions de dernière volonté, portant substitution ou exhérédation; que cette supposition est une erreur; que les suppositions et les erreurs ne peuvent avoir le même effet qu'une disposition irritante; et qu'il serait absurde en effet de prétendre qu'un testament portant substitution ou exhérédation dût être insinué du vivant du donateur, avant qu'il fût un véritable titre; que les mêmes observations s'appliquent à la déclaration de 1708; que, de plus, par l'art. 13 de cette loi, les notaires sont tenus de délivrer aux greffiers, tous les trois mois, des extraits des contrats sujets à insinuation, à l'exception toutefois des donations à cause de mort et testamens qui ne seront délivrés qu'après le décès des donateurs ou testateurs; d'où il suit que, suivant même cette déclaration et l'édit de 1703 dont elle est l'interprétation, les donations à cause de mort ne doivent pas être insinuées du vivant des donateurs; — Que l'ordonnance du mois de février 1731, art. 46, déclare ne rien innover, jusqu'à ce qu'il y ait été autrement pourvu, relativement aux Dons mutuels entre mari et femme, autrement que par contrat de mariage; — Que si les lettres-patentes du 3 juillet 1769 n'exceptent de la formalité que les gains de noces et de survie stipulés par contrat de mariage, c'est qu'il n'y avait d'incertitude que sur ces points; qu'en effet, le préambule s'exprime ainsi : *Pour donner aux donations une authenticité capable de prémunir ceux qui ont ou peuvent avoir par la suite des droits sur les biens donnés, contre toute espèce de surprise...*, etc.— Que la précaution de l'insinuation à l'égard d'une donation à cause de mort avant le décès du donateur, serait anticipée et frustratoire, puisqu'elle ne produit aucune mutation actuelle de propriété; — Considérant enfin que la loi du 24 germinal an 3 suppose seulement qu'il y a des Dons mutuels entre époux sujets à l'insinuation; ce qui est vrai, notamment à l'égard des Dons mutuels entre époux régis par la coutume de Paris; — D'où il suit que le tribunal d'appel de Dijon, en déclarant nul le Don mutuel fait entre Jacques Bengon et son épouse, le 9 thermidor an 8, faute d'insinuation dans les quatre mois de sa date, a contrevenu aux lois ci-dessus citées; qu'il en a fait une fausse application; qu'il a créé une nullité et commis un excès de pouvoir; — Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour d'appel séante à Dijon, le 30 messidor an 11.... »]]

§. IV. *Des caractères que doit avoir le Don mutuel, et des choses qui en peuvent être l'objet.*

I. L'irrévocabilité est un caractère propre au Don mutuel que les conjoints ont le droit de se faire durant le mariage; c'est-à-dire qu'anssitôt qu'il est fait, l'une des deux parties ne peut plus le revoquer sans le consentement de l'autre.

Ce caractère est tellement essentiel au Don mutuel, que si, par une clause de l'acte, l'un ou l'autre des conjoints, ou tous les deux ensemble, s'étaient réservé la liberté de le révoquer, cette clause rendrait le Don mutuel absolument nul, quand même les conjoints n'en auraient fait aucun usage.

Il en serait de même de toute autre clause par laquelle les conjoints ou l'un d'eux se seraient reservé la faculté de diminuer l'effet du Don mutuel, ou d'y donner atteinte de quelque manière que ce fût. Ainsi, dans le cas où l'un des conjoints se serait réservé, par le contrat de Don mutuel, le droit de disposer par testament de ses meubles et acquêts, il résulterait de cette réserve la nullité du Don mutuel. En effet, il est clair que le donateur qui a donné à l'autre partie les meubles et acquêts qu'il laissera au moment de son décès, ne peut plus disposer de ces choses par testament, sans donner atteinte à ce Don.

Si l'on objectait que le donateur peut disposer par des actes entre-vifs de ses meubles et acquêts, sans qu'il paraisse donner par-là aucune atteinte au Don mutuel, il faudrait répondre qu'une telle disposition ne donne en effet aucune atteinte au Don mutuel, attendu qu'il n'est fait que des meubles et acquêts qui se trouveront appartenir au donateur à *l'heure de son trépas :* mais il en serait autrement, si le donateur disposait de quelques uns de ses meubles et acquêts par testament : il est évident que, dans ce cas, il disposerait de choses qui se trouveraient lui appartenir au moment de son décès, et par conséquent de choses comprises au Don mutuel.

Mais quoique les conjoints ne puissent pas, sans rendre nul le Don mutuel, se réserver une liberté indéterminée de disposer des meubles et acquêts qui leur appartiendront au moment de leur décès, ils ont le droit d'excepter de ce don une certaine somme, et de se réserver la faculté d'en disposer par testament. Cette exception ne portant aucune atteinte à l'irrévocabilité requise dans le Don mutuel, n'empêche pas cet acte d'être valable. En effet, on ne peut pas dire qu'en ce cas, les conjoints aient reservé le pouvoir d'étendre ou de diminuer à leur gré le Don mutuel, en disposant ou en ne disposant pas de la somme excepteé, attendu que cette somme doit toujours demeurer exceptée du Don mutuel, soit qu'ils en aient disposé ou qu'ils n'en aient pas disposé.

Digitized by Google

Observez néanmoins que l'égalité étant un caractère aussi essentiel au Don mutuel que l'irrévocabilité, si l'un des conjoints excepte de ce qu'il donne une somme de 10,000 liv., il faut que l'autre conjoint excepte aussi de sa donation une même somme: car si l'un des contractans exceptait une somme plus considérable que celle de l'autre, il en résulterait un défaut d'égalité qui annullerait le Don mutuel.

Il convient de remarquer, au sujet de l'irrévocabilité du Don mutuel, une différence entre celui qui n'a lieu que durant le mariage, et celui qui est intervenu par le contrat de mariage; ce dernier ne peut pas être révoqué, même du consentement des deux parties. La raison en est qu'un tel Don mutuel fait partie des conventions du mariage: or, il est de principe que les conjoints ne peuvent en aucune manière déroger à ces conventions, même d'un commun accord (*V. Contrat de mariage*). Mais le Don mutuel qui s'est fait durant le mariage, peut être révoqué par le consentement commun des conjoints. C'est ce que décide formellement l'art. 284 de la coutume de Paris, en disant que *le Don mutuel n'est révocable, sinon du consentement des deux parties.*

[[*V.* ci-dessus, §. 1, n. 3; et le plaidoyer du 14 prairial an 13, inséré dans le §. 3.]]

II. Du principe que les conventions doivent en général se dissoudre de la même manière qu'elles ont été formées, on doit conclure que pour la validité de la révocation du Don mutuel, il faut un acte passé devant notaire dont il y ait minute. [[*V.* l'art. 1035 du Code Napoléon.]] — Et puisque le Don mutuel ne peut pas se faire pendant la maladie de l'un des conjoints, on doit aussi en tirer la conséquence qu'il ne peut pas être révoqué tandis que cette maladie dure. [[Il peut l'être aujourd'hui. *V.* ci-dessus, §. 2, n. 8.]]

III. Nous avons déjà fait observer que pour la validité du Don mutuel que les coutumes autorisent entre les conjoints, il faut une égalité parfaite entre les choses données réciproquement. C'est pourquoi, si l'un des conjoints donnait à l'autre partie au-delà de ce qu'il en reçoit, le Don mutuel serait absolument nul de part et d'autre par défaut d'égalité.

Il suit de cette décision, que si l'un des conjoints a donné par son contrat de mariage le tiers de ses *meubles* et conquêts, soit en propriété ou en usufruit, à l'autre partie, sans que celle-ci lui ait fait le même avantage, le Don mutuel que les conjoints pourront se faire durant le mariage, ne pourra s'étendre, ni d'un côté ni de l'autre, au-delà des deux tiers des meubles et conquêts. La raison en est évidente: celui qui a donné le tiers par le contrat de mariage, ne peut plus disposer que des deux tiers par Don mutuel; et par conséquent il ne peut de même recevoir que les deux tiers, puisque s'il recevait au-delà, l'égalité nécessaire pour la validité du Don mutuel ne subsisterait plus.

[[Cette maxime de l'ancienne jurisprudence a été abolie par la loi du 17 nivose an 2. *V.* ci-dessus, §. 2, n° 8. Elle n'avait même pas lieu, avant cette loi, dans la coutume de Dunois. — Dans l'espèce de l'arrêt du 11 mars 1783, rapporté au mot *domicile*, §. 6, le sieur de Courtalvel prétendait que, dans cette coutume, les époux ne pouvaient se donner mutuellement, s'ils n'étaient égaux en âge, en santé et en biens; et comme l'inégalité sur ces trois points était frappante dans l'espèce, il soutenait qu'elle opérait la nullité du Don mutuel. — Pour toute réponse, la dame de Courtalvel rapprochait le texte de la coutume de Paris de celui de la coutume de Dunois. « A Paris, disait-elle, il faut que les conjoints soient en santé. En Dunois, il suffit qu'ils soient sains d'entendement. — A Paris, il faut se donner mutuellement et également: la coutume de Dunois ne parle pas d'égalité. — A Paris, il faut être communs en biens pour faire un Don mutuel, et ce Don ne peut comprendre que les biens de la communauté: en Dunois *conjoins-communs ou non communs* peuvent se donner leurs meubles, leurs acquêts et l'usufruit de leurs propres. — A Paris, l'acte est une donation entre-vifs: en Dunois, c'est une donation à cause de mort, et même un testament. — Enfin, à Paris, la seule charge du donataire mutuel est de faire l'avance des dettes: en Dunois, il est tenu de payer les dettes et d'acquitter les legs. » — M. l'avocat général Séguier a adopté et développé ces principes, et l'arrêt cité les a consacrés.]]

IV. Ce n'est pas seulement dans les choses données de part et d'autre, que l'égalité est requise pour la validité du Don mutuel: il faut encore que chaque conjoint ait l'espérance de survivre à l'autre, et de recueillir ce qui lui a été donné.

Les coutumes varient sur cette égalité d'espérance: quelques unes requièrent une égalité ou presque égalité de probabilité, dans l'espérance que chacun des conjoints doit avoir de recueillir le Don mutuel. Tel est l'esprit des coutumes qui, comme celles d'Auxerre et de Bar, n'autorisent le Don mutuel entre les conjoints, qu'autant qu'*ils sont égaux ou presque égaux en âge*. En interdisant le Don mutuel lorsqu'il y a disproportion d'âge, ces coutumes ne se fondent que sur ce qu'en pareil cas, l'égalité de probabilité d'espérance ne se rencontre pas. En effet, quoique le conjoint plus âgé puisse avoir quelque espérance de survivre au plus jeune, par la raison qu'il n'est pas rare de voir des enfans mourir avant leur père, il faut néanmoins convenir que l'espérance qu'a le plus jeune de survivre au plus âgé, a plus de probabilité que celle qu'a le plus âgé de survivre au plus jeune. Au reste, les dispositions de ces coutumes sur cette égalité d'espérance, ne doivent pas s'étendre aux coutumes qui, comme celle de Paris, n'ont rien dit à ce sujet. Il suffit dans celle-ci, que, lors du Don mutuel, chacun des conjoints ait eu quelque espérance de survivre à l'autre, quoique l'espérance de l'un eût paru avoir plus de fondement que celle de l'autre. — [[*V.* ci-dessus, §. 2, n° 9.]]

V. Quant aux choses qui, selon la coutume de Paris et plusieurs autres, peuvent être l'objet du Don mutuel, elles consistent dans les meubles et

Digitized by Google

les conquêts immeubles qui se trouvent appartenir aux conjoints et être communs entr'eux *à l'heure du trépas du premier mourant*.

Il suit de cette décision, que les biens meubles qui sont propres aux conjoints et qu'ils ont exclus de la communauté par une stipulation de propres, ne peuvent pas faire partie du Don mutuel : ainsi, les héritiers du prédécédé peuvent, nonobstant le Don mutuel, exercer sur la masse de la communauté la reprise du mobilier stipulé propre; et le survivant n'a droit de prétendre pour son Don mutuel, que ce qui reste de la part du prédécédé dans la masse commune, après que cette reprise a été prélevée.

Les acquêts antérieurs au mariage, étant des propres de communauté, ne peuvent pas entrer dans le Don mutuel, à moins que par une clause du contrat de mariage, ils n'aient été ameublis : dans ce cas, ils peuvent faire partie du Don mutuel comme tous les autres biens de la communauté.

Ainsi, l'on peut établir pour principe général, que pour régler ce qui doit composer le Don mutuel, on doit faire une masse de tous les effets dont la communauté se trouve composée lors de la mort du prédécédé : à cette masse doit être ajouté ce que chacun des conjoints peut devoir à la communauté, et l'on doit au contraire en diminuer les sommes pour lesquelles il peut être créancier de la même communauté, déduction faite de celles dont il se trouve débiteur : c'est ensuite de la part que la succession du prédécédé a dans cette masse ainsi augmentée ou diminuée, que le Don mutuel du survivant doit être composé.

[[Aujourd'hui, les époux peuvent se donner l'un à l'autre, non seulement les biens qui sont communs entre eux, mais encore leurs propres respectifs. *V.* l'art. 1094 du Code Napoléon.]]

V. On a agité la question de savoir si le mari survivant devait, en sa qualité de donataire mutuel, jouir en usufruit de ce que sa femme avait apporté en communauté, lorsque par le contrat de mariage, la reprise de cet apport avait été stipulée au profit du père et de la mère de la femme, et que ceux-ci, en leur qualité d'héritiers de cette femme, avaient renoncé à la communauté? Ricard a prétendu que le mari n'était pas fondé dans cette prétention. La raison que cet auteur en a donnée, est que la femme, par la clause de reprise de l'apport, est présumée n'avoir mis cet apport dans la communauté, que sous la condition que ceux au profit desquels la reprise avait été stipulée, ne renonceraient pas à la communauté : or, la renonciation ayant eu lieu, il faut en conclure que les effets qui composaient l'apport, doivent être considérés comme un bien propre de la femme, qui n'a pas fait partie de la communauté, et qui, par conséquent, n'a pu entrer dans le Don mutuel, attendu que ce Don ne peut être composé que des biens de la communauté.

Mais cette opinion de Ricard a été proscrite par un arrêt du 12 mars 1696, qui a jugé formellement que le mari survivant devait, en sa qualité de donataire mutuel, jouir de la mise en communauté que, par la clause du contrat de mariage, les héritiers de la femme avaient droit de reprendre, en renonçant à la communauté. M. Daguesseau, sur les conclusions duquel a été rendu cet arrêt, a très bien réfuté l'erreur de Ricard. En effet, il n'y a nulle raison pour établir, avec fondement, que les choses que la femme a apportées en communauté, doivent être censées n'y avoir point été apportées, lorsque ses héritiers en exercent la reprise, suivant la faculté qui leur en a été accordée dans le cas de renonciation à la communauté. Il est évident que cette faculté suppose que l'apport de la femme est réellement entré dans la communauté : il faisait donc partie des biens communs lors du décès de la femme; et il ne devait sortir de la communauté que par la reprise que les héritiers pouvaient en exercer en suite de leur renonciation : or, il suffit, aux termes de l'art. 280 de la coutume de Paris, que cet apport ait été commun au temps du décès de la femme, pour qu'il soit compris dans le Don mutuel qu'elle a fait à son mari. — La clause pour la reprise de l'apport en cas de renonciation à la communauté, a pour objet d'empêcher que le mari, restant seul maître des biens de la communauté par la renonciation des héritiers de la femme, ne puisse retenir l'apport de sa femme, de même que le surplus des biens communs : mais cette clause étant de droit étroit, doit être bornée à ce cas, sans pouvoir être étendue au cas du Don mutuel.

VI. On a aussi agité la question de savoir si la femme, ayant renoncé à la communauté, pouvait demander le Don mutuel que son mari prédécédé lui avait fait des biens de la communauté? Il ne peut guère y avoir lieu à cette question dans le cas où la reprise de l'apport n'a pas été stipulée par le contrat de mariage : car la femme ne renonce à la communauté qu'à cause qu'elle la juge mauvaise; et cette raison doit aussi la faire renoncer au Don mutuel que son mari lui a fait : mais comme les femmes ont coutume de stipuler par leurs contrats de mariage, que dans le cas de renonciation à la communauté, elles exerceront la reprise de leur apport, il peut arriver qu'une femme renonce à la communauté et ait intérêt de jouir en Don mutuel des biens de la communauté qui demeurent par sa renonciation aux héritiers du mari.

Supposez, par exemple, que, lors du décès du mari, le fonds de la communauté, déduction faite des dettes, se soit trouvé monter à une somme de 15,000 livres, y compris 10,000 livres que la femme y avait apportées, et qu'elle avait droit de reprendre en renonçant à la communauté, conformément à une clause de son contrat de mariage : dans cette circonstance, la femme peut renoncer à la communauté pour reprendre ses 10,000 livres; parcequ'en l'acceptant, elle n'aurait que 7500 livres pour sa part dans cette communauté : il s'agit donc de savoir si, après cette renonciation, la femme est fondée à jouir en Don mutuel des 5000 livres qui appartiennent

Digitized by Google

dans le fonds de la communauté aux héritiers du mari. Il faut répondre qu'elle y est fondée, et que la renonciation de la femme à la communauté n'empêche pas qu'elle ne puisse être donataire mutuelle de son mari. M. Daguesseau rapporte un arrêt de 1641, rendu après une enquête par turbes faite au châtelet qui a jugé conformément à cette décision, et a fixé sur ce point la jurisprudence.

On demande encore si dans ce cas la femme doit jouir en Don mutuel de la totalité des biens communs qui, par sa renonciation, sont restés aux héritiers du mari, ou si elle ne doit jouir que de la moitié. Ricard a pensé qu'elle ne devait jouir que de la moitié: il s'est fondé sur ce que le mari n'a pu donner à sa femme au-delà de ce que sa femme pouvait lui donner. Mais Ricard s'est trompé. Il faut au contraire décider que la femme doit jouir de la totalité, déduction faite de son apport. La raison en est que la femme ne prenant le parti de renoncer à la communauté qu'à cause que son apport qu'elle reprend en renonçant, est au moins aussi considérable que la part qu'elle aurait eue dans la communauté en l'acceptant, il faut en tirer la conséquence que la totalité des biens communs restés aux héritiers du mari après la distraction de l'apport de la femme, se porte tout au plus à la moitié des biens dont était composée la communauté dans laquelle cet apport était compris. Ainsi, il est evident qu'en comprenant dans le Don mutuel que le mari a fait à sa femme, la totalité de ce qui reste après que celle-ci a exercé la reprise de son apport, il lui a peut-être moins donné qu'il n'en aurait reçu par le Don mutuel qu'elle lui a fait, s'il ne fût pas mort le premier.

VII. Au reste, il est à propos de remarquer que quand l'un ou l'autre des conjoints, ou tous les deux ensemble, ont compris dans le Don mutuel ce que la loi ne leur permettait pas d'y comprendre, comme l'usufruit de leurs propres, ou la propriété de leurs biens de la communauté, ce Don est absolument nul de part et d'autre. En cela, le Don mutuel diffère des legs; car lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un au-delà de ce que la loi lui permettait de léguer, le legs n'est pas nul; il est seulement sujet à être réduit à la somme ou à la chose dont le testateur était le maître de disposer. La raison de cette *différence* est fondée sur ce que les legs sont *valables par* la seule volonté du testateur consignée dans son testament: ainsi, pour qu'un legs excessif soit valable, au moins jusqu'à concurrence de ce que la loi lui permet de donner, il suffit que le testateur ait eu l'intention de léguer jusqu'à cette concurrence: or, cette intention est évidente lorsque le legs excède ce que la loi permet de donner, puisque le moins se trouve renfermé dans le plus. Le Don mutuel, au contraire, étant un acte synallagmatique, il ne peut pas être valable par la seule volonté de l'une des parties. Ainsi, il ne suffit pas, pour la validité de ce Don, que le conjoint qui a disposé de choses dont la loi lui avait interdit la disposition, ait eu l'intention de donner ce que la loi l'autorisait à donner: il est de l'essence du contrat dont il s'agit, que le Don que l'un des conjoints a fait à l'autre, ne puisse être valable qu'autant que celui que ce conjoint a reçu, eût pu l'être. — En effet, comme le dit Ricard, qui combat en cela l'avis de Tiraqueau, sur la loi *si unquàm*, et d'Imbert dans son *enchiridion*, en matière de contrats synallagmatiques, les conventions sont indivisibles: c'est pourquoi, s'il se rencontre dans l'acte quelque chose de considérable qui ne puisse produire aucun effet, celui qui en reçoit du préjudice peut retracter sa volonté, attendu qu'il a le droit de dire qu'il n'a consenti au contrat qu'à la charge que toutes les clauses en seraient exécutées.

Observez néanmoins que la coutume de la Marche, art. 290, a établi une règle contraire: car après avoir exigé l'égalité dans le Don mutuel, elle ajoute que s'il est inégal, il sera réduit à l'égalite. Ainsi cette coutume ne déclare pas nul le Don du conjoint qui donne plus qu'il ne pouvait, elle se contente de réduire ce Don: mais il ne paraît pas qu'on puisse étendre cette disposition aux coutumes qui ont gardé le silence à cet égard.

[[Aujourd'hui, le Don mutuel ne pouvant plus se faire par un seul et même acte (*Code Napoléon, art.* 1097), les deux dispositions séparées dont il se compose, ne peuvent plus être considérées comme servant respectivement de condition l'une à l'autre. Ainsi, ni la réductibilité, ni même la nullité de l'une, ne peuvent empêcher que l'autre n'ait sa pleine exécution.]]

§. V. *Des conditions d'où dépend le Don mutuel, du temps auquel il est ouvert, et de la manière dont les donataires en sont saisis.*

I. Les Dons mutuels que les conjoints se font réciproquement, n'ont lieu que sous la condition que l'un des deux survivra à l'autre: il n'y a par conséquent que le Don fait par le conjoint prédecédé, qui puisse produire de l'effet.

On pensait autrefois que la mort civile de l'un des conjoints, causée par une condamnation à une peine telle que les galères à perpétuité, ne devait pas produire le même effet que la mort naturelle, ni faire exister la condition de la survie de l'autre conjoint. Cette opinion était fondée sur ce que le Don mutuel étant une convention que les contractans ont voulu faire dépendre de l'existence d'une condition, il ne pouvait avoir aucun effet que la condition ne fût arrivée: or, le décès de l'une des parties et la survie de l'autre étant la condition qu'elles avaient jugé à propos d'apposer à la convention de Don mutuel, on en concluait qu'elles n'avaient eu en vue que la mort naturelle, et qu'elles n'avaient pas même pensé à la mort civile: c'est pourquoi celle-ci ne devait pas, disait-on, être considérée comme ayant fait exister la condition de survie.

On appuyait d'ailleurs cette opinion sur un arrêt célèbre rendu le 2 juin 1549, le roi Henri II tenant

Digitized by Google

son lit de justice, par lequel il avait été jugé que la mort civile ne donnait pas ouverture au préciput, et que la seule mort naturelle devait produire cet effet.

Mais cette jurisprudence est changée. On a pensé depuis que la mort civile qu'une personne a encourue, l'ayant retranchée de la société civile comme aurait fait la mort naturelle, cette personne n'était plus censée exister relativement à cette société: c'est pourquoi, dans le cas de Don mutuel, la condition de survie relativement à l'autre conjoint, est présumée arrivée par la mort civile du condamné. En conséquence, on a jugé que la mort qu'un homme avait encourue en sortant du royaume pour cause de religion, avait donné ouverture au préciput en faveur de sa femme. Ce que cet arrêt a décidé à l'égard d'une convention de précipnt, doit sans difficulté s'appliquer à la convention de Don mutuel. D'ailleurs on peut, en faveur de la nouvelle jurisprudence, tirer argument de ce que l'art. 24 de l'ordonnance du mois d'août 1747 veut que la mort civile donne ouverture aux substitutions de même que la mort naturelle. — [[*V.* le Code Napoléon, art. 25 et 1452.]]

II. Si les deux conjoints qui se font nu Don mutuel venaient à périr dans un naufrage, ou par quelqu'antre accident, sans qu'on pût justifier que l'un a survécu à l'autre, la condition de survie serait censée n'avoir point existé: ainsi, la convention de Don mutuel demeurerait sans effet. La raison en est que les représentans des deux conjoints ne scraient ni les uns ni les autres en état de fonder la demande qu'ils pourraient faire de ce Don. [[*V. Mort.*]]

III. Une autre condition d'où dépend le Don mutuel, est que les conjoints n'aient ni l'un ni l'autre aucun enfant lors de la dissolution du mariage. Cette condition est formellement exigée par l'art. 280 de la coutume de Paris. C'est pourquoi, s'il y a un ou plusieurs enfans, soit du conjoint prédécédé, soit du survivant, il en résulte la nullité du Don mutuel.

Il faut remarquer que les conjoints ne peuvent ni modifier cette condition, ni y déroger: ainsi, ils ne pourraient pas valablement stipuler dans un contrat de Don mutuel, que si les enfans qui existeraient lors de la mort du conjoint prédécédé, venaient à mourir sans postérité avant le conjoint survivant, celui-ci jouirait du Don mutuel. — Ce serait en vain qu'on objecterait que le Don mutuel fait sous une telle clause, ne préjudicie aucunement aux enfans en faveur desquels la coutume a apposé la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans;* on répondrait qu'il suffit que cette condition ait été apposée pour que les conjoints soient tenus de s'y conformer; il est d'ailleurs faux que le Don mutuel ne cause aucun préjudice aux enfans, attendu qu'un bien assujetti à une charge quelconque, vaut moins que s'il était libre.

Cette décision doit être suivie, non seulement lorsqu'il y a quelqu'enfant lors de la mort du conjoint du prédécédé, mais encore lorsque n'y ayant point d'enfans, il a laissé sa femme enceinte et qu'ensuite elle est accouchée d'un enfant vivant. Dans ce cas, on regarde l'enfant posthume comme s'il eût déjà été né lors de la mort du mari prédecédé: ainsi, il rend le Don mutuel nul, puisque la condition qu'exigeait la coutume pour la validité de ce Don, n'a point eu lieu.

Il faudrait décider conformément à cette règle, quand même l'enfant n'aurait vécu qu'un instant. La raison en est qu'il a été saisi de la succession du conjoint prédécédé, et qu'il l'a transmise sans la charge du Don mutuel.

Il en serait autrement si l'enfant était venu mort au monde: la condition exigée par la coutume, serait alors censée avoir existé dans le temps de la mort du mari.

Au reste, c'est aux parens du mari prédécédé à justifier que l'enfant posthume a eu vie: ce serait en vain qu'on opposerait à la femme survivante, que c'est à elle à fonder sa demande en délivrance du Don mutuel; elle répondrait que la production du contrat de Don mutuel la fonde suffisamment; et que c'est à ceux qui soutiennent que l'enfant posthume a recueilli la succession du prédecédé, à justifier que cet enfant a vécu. Cette décision est conforme à cette règle de droit, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* Concluons donc que si les parens du conjoint prédécédé ne parviennent pas à prouver le fait par le moyen duquel ils attaquent le Don mutuel, savoir, que l'enfant dont la veuve est accouchée, est né vivant, la condition exigée par la coutume doit être regardée comme accomplie, et le Don mutuel doit être délivré à cette veuve.

Mais que décidera-t-on dans l'espèce suivante? Deux conjoints qui avaient un enfant unique, se sont fait un Don mutuel: cet enfant et l'un des conjoints ont ensuite péri dans un naufrage, sans qu'on ait su si l'enfant a survécu au conjoint: on demande si, dans ce cas, la condition, *pourvu qu'il n'y ait point d'enfans,* exigée par la coutume pour la validité du Don mutuel, doit être censée accomplie; et si, en conséquence, ce Don doit être délivré au conjoint survivant. Il faut repondre que cette délivrance ne doit souffrir aucune difficulté, à moins que l'héritier qui attaque le Don mutuel, ne justifie que l'enfant a survecu au conjoint prédécédé. [[*V. Mort.*]]

Observez, au surplus, à l'égard de cette condition, *pourvu qu'il n'y ait point d'enfans,* dont la coutume a fait dépendre la validité du Don mutuel, que ce terme d'*enfans* doit s'appliquer, non seulement aux enfans nés des conjoints, mais encore aux descendans de ces enfans, en quelque degré qu'ils soient: ainsi, lorsqu'au temps de la dissolution du mariage, il se trouve un petit-fils ou un arrière-petit-fils de l'un des conjoints, la condition exigée par la contume, n'existe pas; et il en résulte la nullité dn Don mutuel que les conjoints se sont fait durant le mariage.

Au reste, comme la condition dont il s'agit, n'a été prescrite par la coutume, que dans la vue de conserver aux enfans les biens des conjoints, il faut en tirer la conséquence, que sous le terme *d'enfans* on

Digitized by Google

n'a voulu comprendre que ceux qui sont habiles à succéder.

Ainsi, les bâtards que les conjoints peuvent avoir lors de la dissolution du mariage, ne font pas manquer la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, exigée par la coutume.

Il faut en dire autant des enfans qui, quoique nés en légitime mariage, ont, avant le décès du conjoint mort le premier, perdu leur état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à quelque peine, telle que les galères à perpétuité, le bannissement perpétuel, etc. qui emporte la mort civile. Ces enfans sont regardés dans la société civile comme s'ils n'existaient pas; et par conséquent ils n'empêchent pas que la condition exigée par la coutume, ne se trouve remplie.

Mais que décidera-t-on si la condamnation à une peine qui emporte la mort civile, intervenue contre l'enfant avant la dissolution du mariage, n'a été exécutée que par contumace? Dans ce cas, l'état civil de l'enfant étant incertain, la validité du Don mutuel dépend de l'événement qui aura déterminé la perte ou la conservation de cet état. C'est pourquoi, si l'enfant meurt après les cinq ans, à compter du jour de l'exécution du jugement de contumace, sans qu'il se soit représenté, le Don mutuel sera valable, parceque l'enfant sera censé avoir perdu l'état civil depuis cette exécution, et par conséquent avant la mort du conjoint prédécédé; mais si en sera différemment si l'enfant meurt dans les cinq ans, on s'il se représente, même après les cinq ans; le jugement de contumace se trouvant alors anéanti, l'enfant sera censé avoir eu l'état civil au temps de la dissolution du mariage, et avoir fait manquer la condition exigée par la coutume pour la validité du Don mutuel. — Observez toutefois qu'en attendant l'événement, le Don mutuel doit être délivré par provision au donataire, attendu que cette provision est due an jugement; mais cette délivrance ne peut avoir lieu qu'à la charge que le donataire rendra les fruits qu'il aura perçus, si le jugement de contumace vient par la suite à être anéanti, soit parceque l'enfant sera mort dans les cinq ans, ou qu'il se sera représenté.

A l'égard de la professiou religiense, si un enfant *ne l'avait* faite que depuis la dissolution du mariage, il aurait fait manquer la condition dont il s'agit, quand même il aurait été novice lors du décès du conjoint mort le premier.

Si la mort du conjoint prédécédé et la profession de l'enfant avaient eu lieu le même jour, on ne serait pas fondé à prétendre que la condition exigée par la coutume, a manqué, ni par conséquent à contester la validité du Don mutuel, qu'autant que l'on offrirait de justifier que la mort du conjoint a précédé la profession de l'enfant.

Ce que nous avons dit des bâtards et des enfans qui ont perdu l'état civil, doit aussi s'appliquer aux enfans qui ont été exhérédés pour une juste cause, attendu que l'exhérédation les rend inhabiles à succéder. — Cette décision est, à la vérité, contraire à la loi 114, §. 13, D. *legatis* 1°. où Marcien décide formellement que les enfans, quoiqu'exhérédés, font manquer la condition, *s'il meurt sans enfans*. Mais on sait que le défaut de la plupart des jurisconsultes romains était de trop s'attacher à la lettre. Parmi nous, on recherche particulièrement quel a été l'esprit, soit du testateur dans une condition apposée à une substitution, soit de la loi dans une condition apposée à une loi: or, il est clair que l'objet que s'est proposé la coutume de Paris en exigeant, pour la validité du Don mutuel, *qu'il n'y ait enfans*, a été d'empêcher que l'un des conjoints ne pût, par des dispositions faites durant le mariage, préférer, pour la jouissance de ses biens, l'autre conjoint à ses enfans; elle n'a par conséquent eu en vue, dans cette condition, que les enfans qui peuvent recueillir les successions des conjoints, et non ceux qui en sont exclus par l'exhérédation.

Observez néanmoins que pour qu'un tel enfant né du mariage des conjoints, ne soit pas un obstacle à la validité du Don mutuel, il faut qu'il ait été exhérédé par l'un et par l'autre des conjoints. La raison en est que s'il n'avait été exhérédé que par l'un des deux, le Don mutuel fait par celui qui n'aurait point prononcé d'exhérédation, ne pourrait point avoir d'effet s'il venait à mourir le premier: or, dès que le Don mutuel, fait par l'un des conjoints, ne peut pas être valable, il en résulte que le Don mutuel, fait par l'autre conjoint, ne peut pas l'être non plus, attendu que dans cette sorte de convention, tout doit être égal de part et d'autre.

Si, comme on vient de le voir, l'enfant qui n'a été exhérédé que par l'un des conjoints, empêche que le Don mutuel ne soit valable, il faut en conclure, à plus forte raison, que l'enfant qui renonce à la succession du conjoint prédécédé, est pareillement un obstacle à la validité du Don mutuel. En effet, si l'autre conjoint fût mort le premier, cet enfant n'aurait peut-être pas renoncé à sa succession.

On a demandé si l'intervention des enfans majeurs au contrat de Don mutuel que se font leur père et leur mère, dispense ceux-ci de la condition, *pourvu qu'il n'y ait d'enfans*, apposée par la coutume? Dumoulin, sur l'art. 155 de l'ancienne coutume de Paris, avait adopté l'affirmative, sur le fondement que ces enfans pouvaient renoncer au bénéfice d'un droit qui n'avait été introduit qu'en leur faveur; mais l'opinion contraire à celle de ce célèbre jurisconsulte a prévalu, par la raison qu'un père et une mère pourraient user du pouvoir qu'ils ont sur leurs enfans pour extorquer leur consentement.

[[On a déjà vu, §. 2, n. 10, que d'après les nouvelles lois, les époux peuvent se faire des donations mutuelles, lors même qu'ils ont des enfans. Mais ce qu'on vient de lire sur la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, est encore applicable à la réduction que l'existence d'un ou de plusieurs enfans de l'époux donateur, peut, soit d'après les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivose an 2, soit d'après les art. 1074 et 1098 du Code Napoléon, opérer dans la quotité des

Digitized by Google

biens compris dans la donation. — On doit seulement remarquer 1°. au sujet de ce qui est plus haut de la condamnation par contumace à une peine emportant la mort civile, que le Code Napoléon a fait à cette partie de notre ancienne jurisprudence, des modifications sur lesquelles on peut consulter l'article *Contumace ;* 2°. au sujet des enfans exhérédés, que le Code Napoléon ne permet plus d'exhéréder les enfans pour quelque cause que ce soit. *V. Exhérédation.*]]

IV. Outre les conditions dont l'existence est nécessaire selon la coutume, pour la validité du Don mutuel, les conjoints peuvent encore faire dépendre cette validité de plusieurs autres conditions. Par exemple, des coujoints qui ont un intérêt considérable dans une entreprise de commerce, peuvent faire dépendre l'effet de leur Don mutuel, du cas où cette entreprise n'aura pas réussi; parceque ce ne sera qu'en cette occasion que le conjoint survivant pourra avoir besoin de jouir de la part du prédécédé dans la communauté, pour vivre plus commodément.

Pareillement, lorsque deux conjoints n'ont point d'enfans, et qu'ayant la même personne pour héritière présomptive, ils ne veulent pas en distinguer le droit dans leur succession, ils peuvent faire dépendre l'effet de leur Don mutuel du cas où ils auront survécu à cette personne.

Mais remarquez que les conditions que les conjoints ont la faculté d'apposer à leur Don mutuel, doivent être des conditions casuelles; car une condition potestative, dont l'accomplissement ne dépendrait que de la volonté de l'un des conjoints, empêcherait que le Don mutuel ne fût valable. C'est pourquoi, si les conjoints stipulaient qu'ils se font un Don mutuel de l'usufruit des biens de la communauté que laissera le prédécédé dans le cas où il mourrait sans en avoir disposé par testament, la convention serait nulle. La raison en est qu'étant au pouvoir de l'un des conjoints de faire manquer la condition et de révoquer seul, par le moyen d'une disposition testamentaire, le Don qu'il a fait à l'autre conjoint, le contrat manque du caractère d'irrévocabilité sans lequel il ne peut produire aucun effet.

Observez d'ailleurs que pour qu'une condition ne vicie pas le contrat de Don mutuel, il est nécessaire qu'elle soit appliquée à chacune des donations que les conjoints se sont faite réciproquement : la raison en est que si elle n'était appliquée qu'à la donation de l'un des coujoints, le Don mutuel n'aurait pas le caractère d'égalité qui lui est essentiel.

[[Ces restrictions ont été abrogées par la loi du 17 nivose an 2. *V.* ci-dessus, §. 2, n. 7 et 8. A plus forte raison ne peuvent-elles plus avoir lieu depuis que le Code Napoléon a prohibé les donations mutuelles par un seul et même acte.]]

V. Le Don mutuel étant fait en cas de survie, il est évident que c'est le décès du conjoint mort le premier, qui donne ouverture à la donation en faveur du survivant; et nous avons établi précédemment que la mort civile produit à cet égard le même effet que la mort naturelle.

VI. L'ouverture du Don mutuel ne donne au conjoint survivant que le droit de demander aux héritiers du prédécédé la délivrance des choses comprises dans ce Don. C'est ce qui résulte d'une disposition de l'art. 284 de la coutume de Paris, qui est ainsi conçue : *Un Don mutuel de soi ne saisit, ains est sujet à délivrance.*

Tronçon a prétendu que cette disposition ne devait pas s'étendre au cas où il y avait dans l'acte de Don mutuel la clause *de constitut et de précaire* par laquelle chaque conjoint s'était dessaisi, en faveur du donataire, de toutes les choses comprises dans la donation, et avait reconnu ne les posséder pour l'avenir que précairement et au nom du donataire.

Mais Le Maître et Pothier ont fait voir que cette opinion était sans fondement. En effet, le Don mutuel n'est pas susceptible de la clause dont il s'agit, puisqu'il n'a rapport qu'aux choses que le conjoint prédécédé aura laissées en mourant; il est évident que ces choses sont indéterminées lors du contrat, et par conséquent ne peut pas supposer que le donateur s'en soit dessaisi.

De ce que le Don mutuel est sujet à délivrance, il faut conclure que le conjoint survivant ne peut être censé entré en jouissance de la part que les héritiers du prédécédé ont dans les biens qui sont dans l'objet de ce Don, tant que ces héritiers n'ont pas fait délivrance de cette part, ou du moins tant que le survivant ne leur a pas demandé judiciairement cette délivrance : ainsi, jusqu'alors, il est censé jouir en commun, avec ces héritiers, et il leur doit compte de leur part des fruits qu'il perçoit des biens de la communauté.

[[Aujourd'hui, celle des deux dispositions séparées dont se compose le Don mutuel, qui a son effet par la mort de l'un des époux au profit du survivant, n'est plus sujette à délivrance, lorsqu'elle est universelle, si ce n'est dans le cas où il se trouve des héritiers auxquels une portion de biens est réservée par la loi; et, dans ce cas même, le donataire a droit aux fruits, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en délivrance a été formée dans l'année de ce décès. *V.* le Code Napoléon, art. 1004, 1005 et 1006.

Si la disposition, sans embrasser l'universalité des biens, est à titre universel, elle est sujette à délivrance dans tous les cas. Il en est de même, lorsqu'elle est à titre particulier. *V.* le Code Napoléon, art. 1011 et 1014; et *Legataire*, §. 5.]]

VII. Pour que le donataire mutuel gagne les fruits, il ne suffit pas qu'il ait formé sa demande en délivrance; il faut encore, suivant l'art. 285 de la coutume de Paris, qu'il ait présenté *caution suffisante*.

Est-il aussi nécessaire qu'il ait préalablement justifié de la solvabilité de la caution qu'il a présentée? Il faut répondre que non, attendu que la coutume de Paris exige seulement, pour faire gagner les fruits au survivant, qu'il ait présenté une caution suffisante, sauf aux héritiers du prédécédé à la faire dé-

Digitized by Google

clarer insuffisante.— La raison pour laquelle la coutume a voulu que le survivant entrât en jouissance immédiatement après avoir présenté une caution suffisante, et avant d'en avoir justifié la solvabilité, a été afin que la longueur des procédures et les chicanes auxquelles les héritiers pourraient donner lieu relativement à cette justification, ne retardassent pas trop long-temps la délivrance du Don mutuel.

Mais si les héritiers avaient fait déclarer insuffisante la caution présentée, le conjoint survivant serait-il censé être entré en jouissance du Don mutuel, immédiatement après avoir présenté cette caution? Charondas a adopté l'affirmative; mais Le Maître a très bien observé que cette opinion ne devait pas être suivie. En effet, puisque la coutume veut que le donataire ne gagne les fruits que du jour qu'il a présenté une *caution suffisante*, on ne peut pas dire qu'il ait rempli cette obligation lorsque la caution qu'il a présentée a été déclarée insuffisante.

[[L'art. 604 du Code Napoléon, non seulement rejette l'avis de Le Maître, mais même ne veut pas que *le retard de donner caution prive l'usufruitier des fruits auxquels il a droit du moment où l'usufruit est ouvert.*

Que faut-il pour qu'une caution soit réputée suffisante? *V. Caution*, §. 1, n. 8; et §. 2, n. 2.]]

Lorsque les conjoints se font un Don mutuel durant le mariage, ils ne peuvent pas se décharger de l'obligation de donner caution; mais il en est autrement lorsque ce Don se fait par le contrat de mariage. Cette différence est fondée sur ce que les conjoints peuvent, par leur contrat de mariage, faire telle convention qu'ils jugent à propos, et se donner réciproquement, non seulement l'usufruit, mais encore la propriété de leurs biens; ainsi, ils peuvent à plus forte raison dispenser le donataire de présenter une caution; mais les conjoints ne pouvant, après le mariage, se faire d'autres avantages que ceux que les coutumes ont spécialement autorisés, ces avantages ne peuvent avoir lieu que sous les conditions que les mêmes coutumes ont exigées pour qu'ils fussent valables: or, la coutume de Paris n'ayant permis le Don mutuel entre conjoints qu'à la charge que le donataire donnerait caution, cette obligation doit être remplie, à moins toutefois que les héritiers du conjoint prédécédé n'aient jugé à propos d'en dispenser le survivant.

[[Aujourd'hui, l'époux qui dispose de l'usufruit de ses biens en faveur de son époux, peut le dispenser de donner caution. *V.* le Code Napoléon, art. 601.

Du reste, on sent assez qu'il n'y a point de caution à donner par le donataire, lorsque la donation porte, non sur l'usufruit, mais sur la propriété des biens qui en font l'objet.]]

Quand les héritiers du conjoint prédécédé ont déchargé le survivant de l'obligation de donner caution, il n'est pas pour cela déchargé envers les autres personnes qui ont intérêt à la conservation des biens dont le Don mutuel est composé. C'est ce qui résulte d'un arrêt rendu au parlement de Paris, le 7 juin 1741, dans l'espèce suivante que rapporte l'auteur de la *Collection de Jurisprudence*: — « Le mari étant mort, il ne s'était trouvé dans la succession que 800 liv. de mobilier et 4,000 liv. portées par une promesse d'en passer contrat de constitution. La moitié de ces sommes appartenait à la veuve survivante, et elle avait l'usufruit de l'autre moitié, comme donataire mutuelle. — Par acte passé avec les héritiers du mari, ils avaient dispensé sa veuve survivante de donner caution, *au moyen de ce qu'elle avait consenti que les 2,000 livres à elle appartenantes demeurassent pour caution, et du consentement qu'elle avait donné de faire remploi du tout, dans le cas du remboursement, jusqu'au quel remploi le capital serait déposé sans qu'elle pût toucher même sa moitié.— Dans cette position, un légataire particulier du mari demanda à la veuve qu'elle satisfît à la coutume; elle répondit qu'elle ne pouvait donner caution, et fit les mêmes offres que celles que les héritiers avaient acceptées. La sentence du châtelet avait adopté ces offres; mais l'arrêt les rejeta, infirma la sentence, et obligea la veuve à donner caution. »

VIII. Il y a des coutumes où le donataire mutuel est saisi de plein droit du jour de la dissolution du mariage. Telle est celle de Bourbonnais, art. 227.— Il faut à cet égard se conformer à la coutume des lieux où les héritages compris dans le Don mutuel, sont situés. — Ainsi, lorsque des conjoints domiciliés à Paris se sont fait, pendant leur mariage, un Don mutuel composé de conquêts dont les uns sont sous la coutume de Paris, et les autres sous celle de Bourbonnais, le donataire mutuel qui n'a présenté caution que quelques années après la mort du conjoint prédécédé, ne doit avoir les fruits des héritages situés sous la coutume de Paris, que depuis la présentation de la caution; mais tous ceux qu'ont produits, depuis la dissolution du mariage, les biens situés sous la coutume de Bourbonnais, lui appartiennent.

[[Aujourd'hui, la législation est la même, sur cette matière, dans toute la France. *V.* ci-dessus, n. 6.]]

§. VI. *Des charges et des obligations auxquelles est assujetti le donataire mutuel.*

I. Suivant l'art. 286 de la coutume de Paris, le donataire mutuel est tenu d'avancer et de payer les obsèques et funérailles du conjoint prédécédé, ainsi que la moitié des dettes dont la part du défunt dans les biens de la communauté se trouve chargée; mais lorsque ce donataire vient à mourir, ses héritiers ont le droit de retenir ces avances sur ce qu'ils sont obligés de rendre à l'héritier du prédécédé.

La coutume n'ayant chargé le donataire mutuel que de l'avance des dettes de communauté, il n'est aucunement obligé de faire l'avance des autres dettes de la succession du conjoint prédécédé.

C'est pour cela que l'art. 257 de la coutume de

Digitized by Google

Paris veut que la femme donataire mutuelle à laquelle il a été assigné une somme de deniers pour douaire prefix, soit payée de ce douaire par les biens du mari, sans souffrir sur son Don mutuel *aucune diminution ni confusion.* Cette décision est fondée sur ce qu'un tel douaire n'est pas une dette de communauté, quoiqu'il soit une dette mobilière de la succession du mari prédécédé.

Il faudrait que cette disposition s'exécutât quand même le mari n'aurait laissé que les biens de communauté sur lesquels le Don mutuel doit s'étendre; dans ce cas, la veuve pourrait obliger les héritiers à lui payer son douaire, quoiqu'ils n'eussent succédé qu'à la nue propriété. L'annotateur de Duplessis cite un arrêt de 1697 qui l'a ainsi jugé.

La même règle doit s'appliquer au cas où une femme a donné par son contrat de mariage, à son mari, une somme à prendre sur tous ses biens lorsqu'elle serait morte, et qu'ensuite les conjoints se soient fait un Don mutuel; si le mari vient à survivre, il a droit d'exiger sur-le-champ des héritiers de sa femme la somme qui lui a été assignée par son contrat de mariage, sans qu'il soit obligé de supporter à cet égard aucune diminution sur son Don mutuel. La raison en est que la somme qui lui a été donnée par son contrat de mariage, n'est pas une dette de communauté.

Indépendamment des frais funéraires du conjoint prédecédé et de sa part dans les dettes de la communauté que le donataire mutuel est tenu d'avancer, il faut qu'il avance encore les frais d'inventaire et de liquidation, pour ce qu'en doit supporter la succession du prédecédé, attendu que ces frais sont aussi une charge des biens de la communauté; mais la coutume de Paris a dispensé formellement le donataire mutuel de payer les legs et les autres dispositions testamentaires du prédecédé. Cette décision est fondée sur ce que le caractère d'irrévocabilité, qui est essentiel au Don mutuel, interdit au donateur la faculté de le diminuer par des legs que le donataire serait obligé d'avancer.

De ce que le donataire mutuel ne peut pas être tenu d'avancer les legs, est résultée la question de savoir si le conjoint prédecédé n'ayant point laissé d'autres biens que ceux dont le survivant a l'usufruit, les légataires sont fondés à exiger que l'héritier du prédecédé leur paye sur-le-champ leur legs, ou s'ils doivent attendre que l'usufruit du donataire mutuel soit éteint. La réponse à cette question est qu'on doit la décider d'après ce qu'il paraît qu'on peut présumer de l'intention du testateur. Ainsi, à moins que le défunt n'ait caractérisé la volonté d'accorder un terme à l'héritier pour payer les legs, il est tenu de les payer immédiatement après le décès, ou d'abandonner aux légataires la nue propriété à laquelle il a succédé.

La disposition par laquelle la coutume de Paris a dispensé le donataire mutuel de payer les legs et autres charges du testament du défunt, forme le droit commun pour les coutumes qui ont gardé le silence à cet égard; mais il y en a quelques unes, telles que celles de Châlons et de Bourbonnais, qui ont sur ce point une règle contraire : elles veulent que le conjoint survivant accomplisse, sur les biens compris au Don mutuel, le testament du prédecédé. Cette décision ne doit neanmoins s'appliquer qu'à des legs modiques, et cette modicité s'estime proportionnellement à la valeur des biens dont le Don mutuel est composé.

Est-ce la coutume du lieu où les biens compris au Don mutuel sont situés, qui doit décider si le donataire est obligé de faire l'avance des legs et des dispositions testamentaires du conjoint prédecédé, ou faut-il suivre une autre règle? La réponse est que si la coutume du lieu où était le domicile des conjoints au temps du Don mutuel, et où les conquêts sont situés, impose cette obligation au donataire, il ne peut se dispenser de la remplir, quand même les conjoints auraient, postérieurement au Don mutuel, transféré leur domicile sous une coutume qui n'impose point une pareille charge au donataire mutuel. La raison en est que, le Don mutuel étant un acte entre-vifs qui reçoit sa perfection au moment où il est passé, les parties ne peuvent pas, par leur fait et en changeant de domicile, déroger aux conditions sous lesquelles il a eu lieu.

Par la même raison, si la coutume du lieu où les conjoints avaient leur domicile et leurs conquêts lors du Don mutuel, n'impose point au donataire l'obligation dont on vient de parler, il ne doit pas en être chargé, quand même les conjoints auraient, depuis le Don mutuel, fixé leur résidence dans un lieu où cette obligation est imposée par la coutume au donataire.

Lorsque la coutume à l'empire de laquelle est soumis le mobilier compris au Don mutuel, veut que le donataire soit tenu d'avancer le paiement des legs et des dispositions testamentaires du conjoint prédecédé, et que d'ailleurs elle est du nombre des coutumes qui chargent des dettes mobilières les meubles de la succession, il est inutile d'examiner quelles sont les dispositions des coutumes où les conquêts sont situés, attendu que le donataire, en sa seule qualité de successeur aux meubles, est tenu d'acquitter les charges du testament du conjoint prédecédé. *V.* l'arrêt du 17 avril 1747, rapporté au mot *Dettes*, §. 3.

A l'exception de ce cas, si les biens dont le Don mutuel est composé sont situés les uns sous une coutume qui exige que le conjoint survivant avance le paiement des dispositions testamentaires du conjoint prédecédé, et les autres sous une coutume qui n'impose pas cette obligation, le donataire doit être tenu de l'avance dont il s'agit proportionnellement à la valeur des biens situés sous la coutume qui impose cette charge. C'est pourquoi si la totalité des biens dont le Don mutuel est composé, est de quarante mille livres, et qu'il y ait de ces biens pour trente mille livres sous la coutume qui charge le donataire de l'obligation dont il s'agit, il sera tenu de cette obligation jusqu'à concurrence

Digitized by Google

des trois quarts, en sorte que si elle est de vingt mille livres, il faudra qu'il en paie quinze mille.

Observez que si le Don mutuel ne s'etend qu'à une partie de ce que le conjoint predecédé avait dans les biens de la communauté, le conjoint survivant ne doit être tenu des charges du Don mutuel que pour cette portion.

[[Aujourd'hui, lorsque le donataire mutuel recueille l'universalité des biens du defunt, il en doit incontestablement toutes les dettes. S'il ne recueille, soit en proprieté, soit en usufruit, qu'une quotité de ces biens, il ne supporte les dettes que *ratione emolumenti* : et s'il n'est donataire qu'à titre particulier, il n'en doit rien supporter. *V.* le Code Napoléon, art. 612, 1009, 1012 et 1017.]]

II. L'art. 287. de la coutume de Paris charge le donataire (en usufruit), de faire faire les réparations (d'entretien) qu'exigent les héritages sur lesquels s'etend le Don mutuel, de payer les cens et les charges annuelles, ainsi que les arrérages, tant des rentes foncières que des autres rentes constituees pendant la communauté, échus depuis la jouissance du Don mutuel, sans espérance de les recouvrer.

Ces dispositions doivent être considerées comme un droit commun relativement aux coutumes qui n'ont rien dit à cet égard. La raison en est que les charges dont parle l'article cité, sont telles que tous les usufruitiers doivent en être tenus par la nature même du droit d'usufruit. [[*V.* le Code Napoléon, art. 605, 608 et 609.]]

Le survivant donataire doit, dans les six mois à compter du jour de la mort du conjoint prédecédé, faire la déclaration des biens dont la jouissance lui appartient en vertu du Don mutuel, et en payer le demi-droit de centième denier. C'est ce qui résulte de divers règlemens, et particulièrement de la déclaration du 20 mars 1708, ainsi que de l'arrêt de règlement du 22 mars 1729. — [[*V.* la loi du 22 frimaire an 7, et *Enregistrement.*]]

§. VII. *De quelle manière se terminent les effets du Don mutuel.*

I. L'usufruit du donataire mutuel s'éteint, non *seulement* par sa mort naturelle, mais encore par sa *mort civile. V. Usufruit.*

II. A Paris et dans la plupart des coutumes, le donataire mutuel ne perd pas son droit d'usufruit lorsqu'il convole en secondes noces, à moins que par le contrat de Don mutuel, les parties n'aient stipulé que ce droit ne pourrait être exercé que durant la viduité du conjoint survivant.

On a agité la question de savoir si cette stipulation, *lequel Don mutuel les parties se sont fait pour aider au survivant à vivre pendant sa viduité*, devait être censée renfermer la condition que le survivant ne pourrait jouir du Don qu'autant qu'il resterait en viduité : mais un arrêt du 19 avril 1640, rapporté par Ferrière, a jugé que cette condition n'était pas renfermée dans la stipulation dont il s'agit; et qu'en pareil cas, le conjoint survivant qui s'était remarié, devait jouir du Don mutuel jusqu'à sa mort.

Cette décision est fondée sur ce que la stipulation que l'on a rapportée, ne présente autre chose que l'enonciation de la cause qui a déterminé les parties à se faire un Don mutuel : or, il est de principe à l'égard de toutes les dispositions, soit entre-vifs, soit testamentaires, que l'énonciation de la cause qui y a donné lieu, ne forme pas une condition dans la disposition. C'est pourquoi si un testateur a légué à quelqu'un *mille ecus* pour étudier en droit, le legs doit s'exécuter, quand même, au lieu d'étudier en droit, le légataire prendrait le parti des armes. [[V. *Viduité.*]]

III. La révocation d'un Don mutuel fait par une femme à son mari peut-elle être demandée par les héritiers de cette femme pour cause d'ingratitude, et dont la séparation de corps prononcée entre les conjoints, sert de preuve?

Cette question s'est présentée au parlement de Paris dans l'espèce suivante : — Un mari et une femme s'étaient fait, par contrat de mariage, un Don mutuel en toute propriété de l'universalité de leurs biens. La femme fut obligée de plaider en séparation de corps. Elle demandait en même temps la révocation du Don mutuel. Son moyen était l'ingratitude de son mari, et la preuve de cette ingratitude était sa demande en séparation. — Sentence du Châtelet qui prononce la séparation de corps, mais déboute la femme de sa demande en révocation du Don mutuel. Elle fait signifier à son mari la sentence de séparation par elle obtenue, sous toutes protestations et réserves de se pourvoir par appel contre la deuxième disposition de la sentence. Elle meurt avant d'avoir interjeté appel. Les héritiers de la femme se rendent appelans de la sentence quant au second chef; et soutiennent que le Don mutuel doit être révoqué pour cause d'ingratitude, dont l'obtention de la séparation de corps fait la preuve complète. Le mari les soutient non recevables, attendu le silence de la femme morte sans avoir interjeté appel du second chef de la sentence. — Arrêt du 6 février 1783, qui met l'appellation et ce au néant; émendant, révoque le Don mutuel, et condamne le mari aux dépens.

[[*V. Ingratitude, Révocation de legs*, et *Révocation de testament.*]]

IV. Immediatement après l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel, les héritiers du conjoint predecedé, qui ont la proprieté des choses dont le Don mutuel était compose, rentrent de plein droit dans la jouissance de ces choses. *V.* à cet égard *Usufruit.* (M. GUYOT.)*

* §. VIII. *Du Don mutuel suivant la coutume de Bar.*

I. La coutume de Bar-le-Duc [[aujourd'hui Bar-sur-Ornain]], a sur les Dons mutuels une disposition qui lui est particulière; l'art. 163 porte : « Homme

et femme conjoints par mariage étant en santé, égaux en prochains d'âges et de biens, et n'ayant aucun enfant de quelque mariage que ce soit, peuvent faire Don mutuel entre eux de l'usufruit des héritages de ligne et acquêts, sans qu'il soit requis avoir le consentement de leurs pareus, en baillant caution de bien entretenir lesdits héritages, et les laisser en bon et suffisant état; et à charge de payer toutes dettes et frais funéraux, et accomplir le testament pour le regard des choses mobilieres. »

Cet article donne lieu à quatre questions qui s'élèvent fréquemment dans la pratique, et qui cependant ne paraissent encore décidées par aucun arrêt: — 1° Cette disposition a-t-elle lieu, lorsque le contrat de mariage renferme une stipulation de communauté? — 2° A-t-elle lieu, lorsque ce même contrat réserve aux conjoints la faculté de tester? — 3° Comment doit-on entendre ces mots de l'article, *égaux ou prochains d'âges et de biens?* — 4° Doit-on comprendre dans la fortune du survivant, les successions futures de son père et de sa mère?

II. A l'égard de la stipulation de communauté insérée au contrat de mariage, il en résulte qu'à la dissolution de la communauté, la moitié doit en appartenir aux héritiers du prémourant; le partage est l'effet naturel de ces sortes de conventions établies: mais on ne pense pas qu'une stipulation de cette espèce puisse avoir la moindre influence sur la validité du Don mutuel.

Il ne faut, pour s'en convaincre, que jeter les yeux sur la coutume de Bar. Elle commence par établir une communauté légale envers les conjoints; c'est la disposition de l'art. 76. Elle admet par conséquent la communauté conventionnelle: ensuite, par l'art. 163, elle autorise entre les mêmes conjoints le Don mutuel. Il résulte clairement des dispositions de cette coutume, qu'elle permet les Dons mutuels sans distinguer si les conjoints sont ou ne sont pas en commnunauté; autrement à ces mots de l'art. 163, *égaux ou prochains d'âges*, les réformateurs n'auraient pas manqué d'ajouter *et non communs en biens*.

Nous voyons, au contraire, dans cet art. 163, quatre conditions pour la validité de ces sortes de donations, et l'exclusion de communauté n'est pas du nombre: on doit en conclure que le Don mutuel est valable, même dans le cas où cette communauté existe.

En vain dirait-on que le contrat de mariage appelle les héritiers du prémourant au partage de la communauté. Cette convention n'ajoute rien aux effets naturels de la communauté, et cela ne peut s'entendre que dans le cas où les conjoints n'auraient pas disposé. Si cette espèce de vocation emportait la prohibition de faire un Don mutuel, elle rendrait également les conjoints incapables de tester, et certainement il n'est pas possible d'aller jusque-là.

Au surplus, on peut dire que c'est chose jugée. Le commentateur de la coutume de Bar rapporte une sentence du bailliage du mois de mai 1681, qui déboute les héritiers du sieur Thiébault *d'une demande en partage de meubles et acquêts dont il y avait Don mutuel... quoique le contrat de mariage portât qu'à la dissolution, les meubles et acquêts seraient partagés entre le survivant et les enfans ou héritiers du prémourant.* Ce sont les termes du commentateur.

[[Cette opinion ne peut plus éprouver aujourd'hui la plus légère contradiction. *V.* ci-dessus, §. 2, n. 5.]]

III. La seconde difficulté que l'on élève contre le Don mutuel, résulte de la faculté de tester, réservée par le contrat de mariage.

L'art. 163 de la coutume écarte absolument cette difficulté; on y lit, *à charge* (par le survivant) *d'accomplir le testament pour le regard des choses mobilières.* Puisque la loi impose au survivant l'obligation d'accomplir le testament, elle suppose donc dans les conjoints la faculté de tester malgré l'existence d'un Don mutuel entre eux. Ainsi, loin que la faculté de tester qui se trouve dans l'acte dont il s'agit, en altère la solidité, on peut dire au contraire que cette réserve est censée écrite dans tous les Dons mutuels.

Mais, dit-on, s'il en était ainsi, l'un des conjoints pourrait, par les dispositions de son testament, anéantir l'effet du Don mutuel; et il est de principe qu'il ne peut être détruit que du consentement réciproque de la femme et du mari.

Cette faculté de tester n'est pas indéfinie; du moins la loi n'oblige-t-elle le survivant d'*accomplir le testament que pour le regard des choses mobilières*, ce qui assure l'effet de la donation pour tout ce qui est immeuble; en sorte que le Don mutuel n'enlève pas au donataire la faculté de tester; mais ses dispositions, quelles qu'elles soient, n'ont d'effet que pour les choses mobilières seulement.

A la vérité, cette restriction ne se trouve pas dans le contrat de mariage que l'on suppose; mais elle est écrite dans la coutume, et les contractans ne sont jamais censés vouloir autre chose que ce que la loi permet, sur-tout lorsque l'acte, comme dans l'espèce, ne renferme rien qui contrarie la disposition de la loi; il faut donc juger la clause d'où l'on fait sortir cette seconde difficulté, comme si elle était conçue en ces termes: *Pourront les futurs conjoints tester au désir de la coutume*, ou *pourront tester pour le regard des choses mobilières.* Il n'y a certainement rien dans une pareille clause qui puisse porter atteinte au Don mutuel.

IV. Venons à la troisième difficulté: elle résulte de la différence des fortunes.

La coutume n'exige pas une égalité numérique dans les fortunes, la chose serait impraticable; elle se contente d'une approximation; et, ce qui est à remarquer, elle n'en fixe pas la quotité; elle veut seulement que les conjoints donataires soient *prochains d'ages et de biens*: expressions vagues qui, laissant aux juges la liberté de se déterminer sui-

Digitized by Google

vant les circonstances, découvrent, à ne pouvoir s'y méprendre, le véritable motif de la loi.

En donnant au Don mutuel l'extension portée par l'art. 163, les réformateurs ont senti que cette condescendance pourrait devenir une occasion de séduction et de fraude ; que la femme d'un homme très âgé, ou le mari d'une femme beaucoup plus riche que lui, ne manqueraient presque jamais de provoquer un Don mutuel, et cela par toutes sortes de moyens. La coutume a voulu opposer une barrière à cette espèce de fraude ; en conséquence, elle a exigé que les conjoints donataires fussent égaux en âge et en fortune. Tel est le motif de cette restriction ; il n'est pas possible d'en apercevoir d'autre.

Ainsi, l'on peut dire en général que le Don mutuel est valable, qu'il est dans les vues de la loi, toutes les fois que d'après l'âge, la fortune, les espérances des conjoints, il paraît que chacun d'eux avait de justes motifs de contracter : en effet, dans ce cas, toute suspicion de séduction et de fraude s'évanouit. [[*V.* ci-dessus, §, 4, n. 3.]]

V. Outre les effets actifs, quels qu'ils soient, et la totalité du mobilier, il faut encore comprendre dans la masse des biens du survivant ses espérances dans les successions de son père et de sa mère. Cette décision sort de la nature du Don mutuel.

Les contrats intéressés sont de deux sortes, les commutatifs et les aléatoires. Dans la première, ce que l'un des contractans reçoit, doit être le juste équivalent de ce qu'il a donné ou de ce qu'il s'est obligé de donner. Dans les contrats aléatoires, au contraire, ce que l'un reçoit n'est pas le prix de ce qu'il a donné, mais du risque qu'il a couru. Dans ces actes, les risques de la part de celui qui reçoit, et les espérances de celui qui donne, forment le juste prix requis dans la vente, l'échange, etc. En un mot, les actes de cette espèce sont valables, légitimes, toutes les fois que celui qui a donné, avait une espérance bien fondée de recevoir l'équivalent.

Le Don mutuel est bien certainement un contrat aléatoire ; c'est un jeu, un véritable jeu de hasard, où l'espérance d'avoir la mise de l'autre forme le prix des risques auxquels soi-même on s'expose. Tout ce qui présente des espérances raisonnables, doit donc entrer dans l'ordre de cette négociation. Ce sont même ces sortes de spéculations qui déterminent la nature de cette espèce de contrats, et qui en constituent l'essence. Il faut donc mettre à côté de la fortune du prémourant, non seulement les biens du survivant, mais les justes espérances que l'état de sa famille pouvait lui offrir.

Mais comment déterminer une succession qui n'est pas ouverte ? Cela ne peut se faire que par approximation. Il y a cependant une règle à suivre qui paraît fort raisonnable. Comme les enfans sont saisis de leur droit de légitime dans les successions de leur père et de leur mère ; que c'est la moindre portion qu'ils puissent en recueillir, il faut déterminer à peu près la somme à laquelle pourra monter cette légitime, et la placer dans la masse des biens du survivant. Cet expédient n'est pas tout-à-fait à l'abri de critique ; mais il est très équitable, et c'en est assez dans une affaire de cette espèce. (*M. H....*) *

[[Le Don mutuel n'est plus un contrat, même aléatoire (*V.* le Code Napoléon, art. 1097) ; et l'on a déjà remarqué que même sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2, l'égalité de biens entre les époux n'était plus nécessaire à la validité d'un acte de cette nature.]]

* DONATION. C'est en général une libéralité qu'une personne fait volontairement à une autre par quelqu'acte public.

Nous diviserons cet article en dix sections. — Dans la première, nous examinerons la nature des Donations entre-vifs, et en quoi elles diffèrent des Donations à cause de mort ; — Dans la deuxième, nous parlerons de la forme des actes qui contiennent des Donations entre-vifs ; — Dans la troisième, des personnes entre lesquelles les Donations entre-vifs peuvent avoir lieu, et des choses qui peuvent être données ; — Dans la quatrième, de l'acceptation de la Donation ; — Dans la cinquième, de la tradition des choses données ; — Dans la sixième, du contrôle, de l'insinuation, [[de la transcription]] et des droits auxquels les Donations sont assujetties ; — Dans la septième, des causes pour lesquelles une Donation entre-vifs peut être révoquée ou résolue ; — Dans la huitième, des Donations conditionnelles, des Donations à rente viagère, des Donations onereuses, des Donations rémunératoires et des Donations mutuelles ; — Dans la neuvième, des Donations par manière d'aisance ; — Dans la dixième, des Donations à cause de mort ; — [[Dans la onzième, des Donations faites entre époux pendant le mariage.]]

Sect. I. *De la nature des Donations entre-vifs, de leur irrévocabilité, et en quoi elles diffèrent des Donations à cause de mort.*

[[§. I. *Notions générales. — Règles particulières aux Donations par contrat de mariage.*]]

I. Une Donation entre-vifs est la disposition de certaines choses dont le donateur se dessaisit en faveur de celui auquel il donne : cette Donation se fait par un principe de libéralité, avec une intention absolue et déterminée de se dépouiller de la chose donnée sans pouvoir jamais révoquer cette libéralité. — [[« La Donation entre-vifs (dit le Code Napoléon, art. 894), est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrevocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. »]]

Il n'y a donc de véritables Donations que les Donations entre-vifs, qui dépouillent le donateur de la chose donnée, et qui la transferent irrévocablement au donataire ; toute disposition qui manque de ce caractère et qui laisse au prétendu donateur la liberté de l'anéantir, n'est pas une Donation entre-vifs.

Digitized by Google

an 2. — C'est donc à moi qu'appartient le tiers réservé par le donateur.

Le 25 thermidor an 11, jugement du tribunal de première instance de Lectoure, qui ordonne que la Donation sera exécutée selon sa forme et teneur, et en conséquence déboute la dame Passerieu de sa demande en délaissement du tiers réservé.

La dame Passerien appelle de ce jugement.—Vous supposez, dit-elle à Marie Carrié, que dans notre espèce il s'agit du sort d'une *réserve*, dans le sens de l'art 18 de l'ordonnance de 1731 ; mais ce mot *réserve* peut être pris dans deux acceptions fort différentes l'une de l'autre. — Il peut y avoir *réserve* en ce sens, que le donateur donne une portion seulement de son bien, en se reservant l'autre portion. — Il peut aussi y avoir *réserve*, en ce sens que le donateur dispose de *l'universalité* de ses biens, sous la condition cependant qu'une portion est *réservée* pour devenir, s'il lui plait, la matière d'une toute autre disposition ultérieure.— Au premier cas, il n'y a pas *reserve* proprement dite : il y a Donation d'une portion de biens et conservation de propriete ou absence de Donation pour l'autre portion. — La qualification de *reserve* dans le sens de l'donnance, ne convient que dans le cas où il y a d abord une *Donation universelle*, et ensuite la faculte de resoudre cette Donation par une portion des b ens donnés, au cas qu'il plaise d'en disp ser autrement. — Or, ici, le donateur n'a disposé a votre profit que des deux tiers de ses biens : il ne vous a pas donne entre-vifs le tiers restant, il ne vous l'a donné que sous une condition de l'inaccomplissement de laquelle il est reste le maitre. La Donation qu'il vous a faite, n'etait donc qu'une Donation a cause de mort. Elle a donc été revoquée par la loi du 7 mars 1793, à la publication de laquelle il a survécu.

Ces raisons ont triomphé devant la cour d'appel d'Agen, qui, par arrêt du 7 messidor an 13, en adoptant la distinction faite par la dame Passerieu, a reformé le jugement du tribunal de Lectoure, et a déclaré le tiers litigieux devoln à celle-ci, en vertu de la 1re partie de l'art. 2 de la loi du 16 pluviose an 5.

Recours en cassation de la part de Marie Carrie. Sentant bien que pour etablir une contravention a l'art. 18 de l'ordonnance de 1731 et a la 2e partie de l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, il fallait detruire la distinction sur laquelle reposait l'arrêt de la cour d'appel d'Agen, elle a dirige tous ses efforts vers ce but. — « Pour se convaincre (disait M. Mailhe, son defenseur) que la Donation est *universelle*, et que le donateur n'a reteuu que le droit de disposer d'un tiers des biens, il ne faut que lire le contrat de mariage. — Charles Carrie, après avoir declare qu'il fait à sa fille Donation pure et simple des deux tiers de tous ses biens meubles et immeubles, ajoute qu'il se réserve l'antre tiers franc et quitte, *et que ne disposant pas ledit tiers reservé en propriete, ce tiers* SERA SUITE DE LADITE DONATION. — Que veulent donc dire ces derniers mots, *sera suite de ladite Donation*, s'ils ne signifient pas, sans aucune ambiguité, s'ils n'expriment pas formellement que le donateur entend donner, et qu'il donne reellement à sa fille, le tiers des biens dont il se reserve la faculté de disposer? — Il fait donc veritablement Donation de ce tiers, dans le cas où il n'en disposera pas. Il en fait une Donation tonte aussi formelle, toute aussi positive que celle des deux autres tiers; avec cette seule difference, qu'à l'egard de ceux-ci, il ne stipule pas la reserve d'en disposer ultérieurement. — La Donation du tiers peut se résoudre, peut devenir inefficace dans un cas prevu, dans un cas que le donateur a le pouvoir de faire arriver on d'empêcher; tandis que dès mainteuant la Donation des deux tiers est indépendante de toute faculte potestative du donateur. — La clause du contrat de mariage n'aurait aucun sens, si elle ne signifiait que le donateur donne dès à présent tous ses biens avec reserve de la faculté d'en disposer à concurrence d'un tiers, et qu'il englobe conséquemment le tiers dans la Donation, s'il arrive qu'il n'use pas de cette faculté. — Donc il y avait *réserve* dans le sens de l'art. 18 de l'ordonnance de 1731. — Donc cette reserve appartenait au donataire, aux termes de la seconde partie de l'art. 2 de la loi du 18 pluviose au 5. »

Cette defense etait très pressante. Mais, comme l'a observé le ministère public, par l'organe de M. Lecoutour, elle se réduisait à établir que l'arrêt attaqué avait donné au contrat une interprétation susceptible de critique; et il ne pouvait résulter de là une ouverture de cassation. — Par arrêt du 6 août 1806, rendu à la section des requêtes, au rapport de M. Cochard, — « Attendu qu'en jugeant que le sieur Charles Carrié n'avait fait donation à Marie Carrie, sa fille, par son contrat de mariage du 13 janvier 1757, que des deux tiers seulement de ses biens; que le tiers restant dont il s'etait expressément reservé la propriete, n'y avait pas été compris; qu'en consequence sa dite fille donataire n'en avait jamais eté, ni pu être saisie; — Qu'en decidant egalement que la clause finale par laquelle il avait ajouté que, s'il ne disposait pas pendant sa vie dudit tiers par lui réservé, il ferait suite à ladite Donation, ne presentait qu'une simple disposition à cause de mort, qui ne devait recevoir son accomplissement qu'à l'instant de la mort du donateur; qu'elle ne pouvait être considerée comme une *réserve* de la même espèce de celles enoncées dans l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, puisque les réserves dont il y est fait mention sont reellement comprises dans la Donation des biens presens dont elles font partie; d'où il suit encore qu'etant faites sous une veritable condition resolutoire, le donataire en est saisi à l'instant même de la Donation; — Qu'en declarant de même que la disposition éventuelle du tiers reserve par ledit sieur Carrié, avait été revoquée par la loi du 7 mars 1793, et qu'aux termes de la première partie de l'art. 2 de celle du 18 pluviose an 5, elle devait appartenir à la fille légitimaire dudit sieur Carrie, sans aucune imputation sur sa légitime, la cour d'appel n'a,

Digitized by Google

d'une part, point contrevenu audit art. 18 de l'ordonnance de 1731; et que de l'autre, elle a fait une juste application, soit de la loi du 7 mars 1793, soit dudit art. 2 de celle du 18 pluviose an 5; — La cour rejette..... »

La question s'est représentée peu de temps après. — Le 12 janvier 1769, le sieur Desgouttes donne à Jean Desgouttes, son fils aîné, par contrat de mariage, la moitié des meubles et des immeubles qu'il possède dans le lieu designé par cet acte; il se réserve l'autre moitié de ces biens, pour en disposer; et il déclare « que, dans le cas où il décéderait sans en avoir disposé, le tout appartiendra audit Jean Desgouttes, dès le jour de son décès, lui en faisant dès à présent, audit cas, Donation pure et simple. » — Le 14 du même mois, le sieur Desgouttes marie Antoine Desgouttes, son second fils, et lui donne, sous la même réserve et avec la même clause, la moitié des biens qui lui appartiennent dans un autre lieu. — Il meurt le 29 avril 1793, sans avoir disposé de l'une ni de l'autre moitié qu'il s'est reservée par les deux contrats de mariage. — Les deux donataires s'emparent chacun de la moitié qui lui a été donnée éventuellement. — En l'an 10, Blaise Desgouttes, leur frère, les fait assigner au tribunal de première instance de l'arrondissement de Villefranche, pour voir dire que, sans avoir égard aux clauses des deux contrats de mariage par lesquelles ces deux moitiés leur sont données en cas de non disposition de la part du père, ils seront tenus de les lui delaisser, conformément à l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5, si mieux ils n'aiment rapporter le tout en masse, pour en faire un partage égal. — Par jugement du 14 messidor an 10, le tribunal de Villefranche le déboute de sa demande. — Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Lyon, du 6 nivose an 12, qui infirme ce jugement, et déclare les clauses dont il s'agit sans effet, « attendu que les contrats de mariage de Jean et Antoine Desgouttes, des 12 et 14 janvier 1769, contiennent de la part du père, Louis Desgouttes, deux Donations distinctes et séparées, l'une *entre-vifs* de la moitié du mobilier et des immeubles désignés dans les actes; l'autre *à cause de mort*; que Louis Desgouttes, père commun, décédé le 28 avril 1793, est mort sous l'empire de cette loi; qu'ainsi Blaise Desgouttes tient de la loi le tiers de la succession de son père, à moins que ses frères donataires entre-vifs, par contrat de mariage, ne preferent de s'en tenir à leur Donation entre-vifs, et de relâcher tout le reste à leur frère. » — Jean et Antoine Desgouttes se pourvoient en cassation; et, du premier abord, leur requête est admise. Mais l'affaire portée à la section civile, arrêt contradictoire, du 26 août 1806, au rapport de M. Schwendt, qui, « attendu que le père commun des parties ne s'est effectivement démis et dessaisi, en faveur des demandeurs, par ses Donations entre-vifs portées en leur contrat de mariage, que de la moitié des biens y désignés; et que les Donations éventuelles des autres moities, au cas de décès du père commun, sans en avoir disposé, se trouvent frappées des effets de la loi du 7 mars 1793, puisqu'il a survécu à la publication de cette loi; que dès-lors, les droits de ses héritiers se trouvaient fixés par les principes et les règles du droit écrit, et qu'il en a été fait une juste application; rejette..... »

Remarquons, au surplus, que l'art. 2 de la loi du 18 pluviose an 5 ne dispose que pour les réserves contenues dans les Donations antérieures à la loi du 5 brumaire an 2. — A l'égard de celles qui ont pu être stipulées depuis, soit par Donations faites au profit d'étrangers, tant que la loi du 17 nivose an 2 a été dans toute sa vigueur, soit par des Donations faites au profit de successibles, postérieurement à la promulgation de la loi du 4 germinal an 8, le sort doit en être réglé par l'art. 18 de l'ordonnance de 1731; comme doit l'être aujourd'hui, par l'art. 1086 du Code Napoléon, parfaitement conforme à l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, celui des réserves qui ont été stipulées dans des Donations postérieures à la promulgation de ce Code.]]

VI. L'irrévocabilité intrinsèque, dont une Donation doit être revêtue dans son principe, annonce bien clairement que si un acte de libéralité entre-vifs était dans le cas de ne pouvoir pas produire son effet dès le moment qu'il est passé, il serait nul.

De là, la conséquence, que si une telle Donation avait pour objet des choses qui n'appartinssent point au donateur, ce serait une libéralité illusoire.

[[Telle est d'ailleurs la disposition expresse de l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, et de l'art. 943 du Code Napoléon. *V.* ci-après, sect. 3, §. 2.

§. II. *Est-ce comme Donation à cause de mort, que l'on doit considérer une Donation faite pendant la maladie du donateur, et que celui-ci a qualifiée de Donation entre-vifs?*

I. La loi 42, §. 1, D. *de mortis causâ donationibus*, décide nettement qu'une telle Donation doit être considérée comme faite entre-vifs, même dans le cas où le donateur serait mort immédiatement après; et c'est d'après ce texte que Furgole, sur l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, dit : « Un malade même à l'extrémité, peut valablement donner entre-vifs, et la donation est irrévocable, tout de même que si elle avait été faite en santé.... On ne peut pas dire que ce soit une Donation à cause de mort, mais bien une Donation entre-vifs, faite par un mourant; circonstance qui n'en change pas la nature. *Eum autem qui absolutè donaret, non tàm mortis causâ quàm morientem donare*, dit la loi 42, §. 1, D. *de mortis causâ donationibus*.

Mais par l'art. 277 de la coutume de Paris, à laquelle sont conformes celles d'Auvergne, tit. 14, art. 35; de Nivernais, chap. 27, art. 5; d'Orléans, art. 297; de Blois, du Grand-Perche, etc., *toute Donation faite par personne gisant au lit, malade de la maladie dont elle décède, est reputée faite à cause de mort.*

De cette disposition naissent plusieurs questions importantes.

Digitized by Google

II. La première est de savoir si, dans les contumes muettes, on doit, pour le jugement des contestations qui doivent être jugées d'après l'ancien droit, suivre à cet égard la décision de celle de Paris, ou le droit romain.

Il faut distinguer si ces contumes restreignent plus la faculté de donner à cause de mort que celle de donner entre-vifs, ou si elles accordent la même liberté pour les deux manières de disposer.

Au premier cas, c'est la coutume de Paris qu'on doit prendre pour guide, parceque la raison qui a déterminé sa disposition, est la même dans tous les liens où le pouvoir de tester est moins ample que celui de donner entre-vifs; et que d'ailleurs cette disposition a été formée sur un arrêt prononcé en robes rouges peu de temps avant la rédaction de 1580. (*Ricard, part.* 1, n° 91.) — C'est même, comme on le verra ci-après, §. 3, ce qui a été jugé par un arrêt du conseil en 1745 dans la coutume de la châtellenie de Lille.

Au second cas, les lois romaines doivent encore être prises pour règles, parcequ'on n'y peut pas appliquer le motif pour lequel la contume de Paris a dérogé à ces lois. Cette dérogation, dit Furgole, à l'endroit cité, « ayant pour motif d'eviter les fraudes et les mauvais desseins du donateur, qui prendrait une voie pour disposer indirectement de biens dont il lui est défendu de disposer d'une manière directe; dès que le motif cesse, la décision doit cesser aussi. »

III. Une autre question est de savoir si dans la coutume de Paris une Donation qualifiée entre-vifs, vaudrait au moins comme Donation à cause de mort, si elle était faite par un moribond? La négative est incontestable depuis l'ordonnance de 1731. L'art. 4 de cette loi porte qu'une Donation entre-vifs, nulle comme telle, ne peut jamais produire l'effet d'une Donation à cause de mort; et il ne distingue pas si son invalidité dérive d'un défaut de forme, où si elle résulte de l'état de maladie du donateur, dans ceux des pays coutumiers où les Donations entre-vifs sont interdites aux malades.

IV. Mais quelles sont les maladies qui, dans ces pays, empêchent de donner entre-vifs? Celles-là seules qui sont d'une nature dangereuse, et qu'accompagne le péril d'une mort prochaine. C'est ce qui résulte des termes mêmes dans lesquels quelques contumes ont rendu la disposition de l'art. 277 de la coutume de Paris : *Donations faites par personnes malades de maladie dont on espère la mort prochaine, par personnes en vraisemblable danger de mort :* c'est ainsi qu'elles s'expriment; et ces termes forment l'interprétation la plus sûre de ceux qu'emploie la coutume de Paris.

Une simple indisposition dont on n'a pas sujet de craindre les suites, n'est donc pas une cause suffisante pour empêcher qu'on ne donne entre-vifs; et, comme l'observe Argou, tome 1, liv. 2, chap. 9, une Donation faite dans cet état, n'en serait pas moins valable, quoiqu'il survint peu de temps après, quelque accident imprévu qui mit le donateur au tombeau.

Il suit de là, et à plus forte raison, qu'une femme enceinte peut donner entre-vifs, puisque l'état de grossesse ne peut pas même être considéré comme une indisposition. *V. Don mutuel*, §. 2, n. 7.

On cite même d'après Tournet, un arrêt du 26 juin 1597, qui juge irrévocable une Donation entre-vifs faite par un homme attaqué de la pierre, deux jours avant de subir l'opération de la taille.

A l'égard des maladies chroniques, telles que la pulmonie, la phthisie, l'hydropisie, pour savoir s'il en résulte une incapacité de donner entre-vifs, il faut distinguer si elles sont ou si elles ne sont pas encore parvenues à ce point où la mort est à la fois inévitable et prochaine.

Dans la première hypothèse, point de Donation entre-vifs. Rousseau de La Combe cite un arrêt du 18 juillet 1741, par lequel la Donation faite par Jeanne Sobre, de ses propres maternels, à Jean Sobre son père, a été déclarée nulle, parcequ'au moment de la disposition, la donatrice était attaquée d'une maladie de poumon, et qu'elle était décédée quatre-vingt-trois jours après.

Mais dans l'autre hypothèse, le malade peut donner entre-vifs, parceque, comme le dit Ricard, (*loc. cit.* n° 112), habitué avec son mal, il ne croit pas être plus proche de sa fin que le reste des hommes. C'est aussi le sentiment de d'Argentrée sur l'art. 221 de l'ancienne coutume de Bretagne, gl. 2, n° 3, et de Coquille sur la coutume de Nivernais, titre *des Droits appartenans à gens mariés*, art. 27.

A plus forte raison, le grand âge ne peut-il pas, en cette matière, être considéré comme une maladie. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tom. 3, page 620.

V. Ricard, Basmaison sur la coutume d'Auvergne, tit. 14, art. 36, et Coquille, quest. 286, assimilent à une maladie mortelle, le noviciat qui précède la profession monastique; en sorte que les Donations faites par des novices majeurs, devaient, selon eux, être réputées à cause de mort, quoique qualifiées entre-vifs. Le premier de ces auteurs remarque trois arrêts de 1614, 1615 et 4 janvier 1616, qui l'ont ainsi jugé.

Consul, l'annotateur du second, se déclare pour l'opinion contraire, et la fonde sur un arrêt du 2 septembre 1664, par lequel une Donation faite par une fille âgée de vingt-cinq ans, au temps de sa profession religieuse, fut jugée entre-vifs. Mais les arrêts postérieurs ont consacré l'avis de Ricard, bien plus conforme à la pureté des principes. Cet auteur en cite un du 20 février 1668. Le Journal des audiences nous en fournit un autre du 11 mars 1681; et on en trouve un troisième, du 22 janvier 1683, dans le Journal du palais.

Il est même à remarquer que dans les espèces de deux de ces arrêts, celui de 1668 et celui de 1683, les donateurs n'avaient pas encore pris l'habit religieux, lorsqu'ils avaient donné entre-vifs; ainsi il a été décidé dans ces espèces, non seulement que les Donations d'un novice actuel étaient réputées à cause

Digitized by Google

de mort; mais même (pour nous servir des termes de Ricard,) « que pour leur attribuer cette qualité, il suffisait qu'il parût que le donateur fût dans un dessein formel d'embrasser la vie religieuse, comme s'il eût déjà son obédience et qu'il fût proche d'y faire son entrée. »

On oppose à ces arrêts une sentence du Châtelet, du 15 mars 1725, qui a jugé valable une Donation entre-vifs, faite par une novice, âgée de vingt-six ans, de tous ses meubles, acquêts et propres. Mais, dit M. Bergier en ses notes sur Ricard (part. 1, n. 122, note n), « cette sentence qui, à tout prendre, ne serait pas un préjugé capable de balancer les arrêts qu'on vient de citer, semble d'ailleurs avoir été déterminée par les circonstances particulières de l'espèce où elle a été rendue. Il est remarquable que la Donation était dirigée en faveur de l'héritier légitime des propres; et que la mère qui l'attaquait, ne réclamait que les *meubles* et *acquêts* dont la donatrice, sa fille, avait la liberté de disposer à son préjudice, aussi bien par une disposition à cause de mort, que par une Donation entre-vifs..... Le motif qui autorise la réclamation des héritiers contre les Donations faites par un moribond, est la présomption que ces Donations ont été faites en fraude des réserves coutumières; ce motif ne recevait aucune application à la Donation dont il était question dans l'espèce de la sentence de 1725, puisque la donatrice avait la liberté de disposer par testament de ce dont elle avait disposé par Donation entre-vifs : n'était-il donc pas naturel de présumer que lorsqu'elle avait préféré de faire une Donation entre-vifs, c'était parcequ'elle avait véritablement la volonté de se dépouiller irrévocablement, de préférer son donataire à elle-même, et que la pensée de la mort n'était entrée pour rien dans sa détermination? »

VI. Dans l'esprit de la coutume de Paris, le retour du donateur malade à la santé fait-il cesser la nullité d'une Donation faite durant une de ces maladies qui, par leur danger, lui impriment le caractère de disposition à cause de mort?

Ricard, part. 1, n. 98, embrasse l'affirmative, sur le principe que dans ce cas l'événement ne concourt pas avec l'intention présumée du donateur de disposer en fraude des réserves coutumières, et qu'en *général* le dessein de frauder n'est pas considéré, quand *il n'a* pas eu son exécution. *Fraudis interpretatio*, dit une règle de droit très connue, *non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur*.

L'auteur ajoute qu'un arrêt du 16 mars 1653 paraît avoir adopté cette opinion, en déboutant des héritiers de leur demande en nullité d'une Donation entre-vifs, faite pendant une maladie dangereuse, et contre laquelle le donateur, revenu en santé, n'avait élevé aucune réclamation.

Mais cet arrêt ne décide rien sur la question de savoir si, dans le cas dont il s'agit, le donateur lui-même peut réclamer avec succès; et Ricard ne la traite pas bien directement. Ecoutons donc M. Bergier, qui la discute avec autant de précision que de solidité.

« Si l'on considère les différens arrêts rendus sur cette matière, on restera convaincu de la vérité de ce que dit Ricard, au nombre 92, qu'il n'est rien d'aussi arbitraire que la plupart des questions qui se présentent sur la validité ou invalidité des Donations entre-vifs, faites par personnes malades, dans nos pays coutumiers : c'est toujours d'après les circonstances que nos tribunaux se décident. — Cependant il est un point fixe qu'il ne faut pas perdre de vue; c'est que toutes les fois que la Donation, qualifiée entre-vifs, a été faite dans un état de maladie, *dont on avait sujet de craindre une mort prochaine*, AU MOMENT DE LA DONATION, et que le donateur est effectivement mort de cette maladie, ce n'est pas le cas de se livrer au hasard des conjectures. La Donation doit être déclarée à cause de mort, comme le dit Ricard, n. 107, par conséquent nulle, depuis l'ordonnance de 1731, art. 4; et s'il est permis de peser les circonstances pour juger si une semblable Donation a été faite ou non dans la vue de la mort, ce n'est jamais que lorsque le donateur n'étant pas mort de la *même* maladie, il reste une sorte d'incertitude sur la gravité du danger qu'il a couru, et sur l'influence que ce danger peut avoir eue sur sa déterminaison. — Une pareille Donation peut être attaquée dans ce cas: 1° par le donateur lui même; 2° par les héritiers du donateur, après son décès. — Mais les motifs qui ouvrent au donateur la porte à la réclamation, ne sont pas les mêmes que ceux qui fondent la réclamation des héritiers. — Le donateur a droit de révoquer une Donation qualifiée entre-vifs, qu'il n'a faite que dans la pensée de la mort, *mortis intuitu*, par la raison que les coutumes, pour sauver les malades du danger de leur propre faiblesse, leur refusent la capacité nécessaire pour des dispositions irrévocables qui pourraient les exposer au repentir. — A l'égard des héritiers, le motif qui les intéresse directement dans la proscription des Donations entre-vifs, faites dans un état de danger de mort, c'est la crainte que les moribonds n'emploient cette voie détournée, pour blesser les réserves coutumières, et disposer en apparence entre-vifs, et dans la réalité à cause de mort, de plus que les coutumes ne leur permettent de disposer par testament. — Comme la différence de ces motifs peut souvent influer beaucoup sur la décision des questions qui se présentent à juger, il est toujours intéressant de considérer si c'est le donateur lui-même qui veut rétracter la Donation qu'il a faite dans un état de maladie, ou si elle n'est attaquée que par ses héritiers après sa mort. — Examiner si une Donation qualifiée *entre-vifs*, et cependant faite pendant une maladie dont la mort s'est ensuivie, peut valablement être révoquée par le donateur dans le cours de la même maladie, ce serait s'occuper d'une question oiseuse : puisque les coutumes déclarent cette Donation nulle, elle serait sans effet indépendamment de la révocation. — Mais on demande si un donateur qui

Digitized by Google

revient en santé, peut révoquer, après sa convalescence, la Donation qualifiée *entre-vifs*, qu'il a faite dans un état *de grande maladie*, ou en demander la nullité? Ce cas se présente rarement: cependant il n'est pas sans exemple... La question ne paraît pas faire beaucoup de difficulté, ni dans la coutume d'Auvergne, ni dans la coutume de Nivernais. Ces deux coutumes portent que les Donations faites *par personnes malades, sont réputées à cause de mort*, dans deux cas différens: 1° lorsque la maladie se termine par la mort du donateur; 2° lorsque la Donation a été faite par une personne en *vraisemblable danger de mort*, quoique la mort ne s'en soit point ensuivie. — Déclarer des Donations faites dans de pareilles circonstances, Donations *à cause de mort*, c'est assez les déclarer révocables; d'ailleurs la coutume d'Auvergne, tit. 14, art. 35, s'en explique positivement: *Donation entre-vifs par personne malade de la maladie dont on espère la mort prochaine, est réputée et censée Donation à cause de mort*... et révocable *comme Donation à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*. — Disons plus, la révocation est, en quelque sorte une ressource superflue pour faire rentrer dans le néant une Donation pareille. L'art. 4 de l'ordonnance de 1731, ayant déclaré nulles toutes Donations conçues entre-vifs, qui ne peuvent pas valoir comme telles, et dérogé aux coutumes qui les convertissaient en Donations à cause de mort; le donateur peut tout simplement en demander la nullité et son rétablissement dans la possession des biens donnés, si les donataires s'en étaient déjà emparés. — Mais, en est-il de même dans la coutume de Paris? Cette coutume semble demander le concours de deux circonstances, pour condamner les Donations entre-vifs faites par personnes malades: savoir, l'état actuel de la maladie lorsque la Donation a été faite, et l'*événement* de la mort du donateur. On devrait donc en conclure que si l'une des deux manque, la Donation doit subsister; et que, quelque grave que fût la maladie, au moment de la Donation, si le donateur n'en meurt pas, la Donation a la même force que si elle eût été faite en pleine santé; aussi est-ce l'opinion de Ricard, n. 98. — Mais on doit remarquer que Ricard ne suppose la Donation attaquée que par les héritiers du donateur, et non par le donateur lui-même, ce qui est bien différent. Je ne balance pas à croire que le repentir du donateur, sur-tout dans un temps prochain de sa convalescence, serait écouté. En effet, qu'on y prenne garde, la coutume de Paris commence par établir en règle générale, que, pour être capable de faire une Donation entre-vifs, *il faut être sain de corps*. Ce n'est qu'en appliquant cette règle générale, qu'elle ajoute par forme de conséquence, *que si la Donation est faite par personne gisante au lit, malade* de la maladie dont elle décède, elle est réputée faite à cause de mort. Cette conséquence de la règle générale établie d'abord, n'a pas pour but de la limiter, mais de la développer: ainsi, ce serait une erreur, à mon avis, de croire que la validité ou la nullité de la Donation entre-vifs, faite par un malade, dépend toujours de l'événement de la mort du donateur ou de sa convalescence. Je crois que dans la coutume de Paris, comme dans celles d'Auvergne et de Nivernais, elle dépend bien plus de la nature de la maladie, et de la certitude de l'état de danger dans lequel elle a été faite. La loi juge, (nous dit Prévost de La Jancsse, dans ses *Principes de la jurisprudence française*, tom. 2, n. 439, en parlant des Donations faites par les malades), la loi juge qu'ils s'abusaient eux-mêmes, et qu'en pénétrant jusqu'au fond de leur véritable intention, leur libéralité n'était produite que par la vue de cette mort prochaine qui les menaçait. Si tel est le motif de l'interdiction de donner entre-vifs où sont les personnes malades, on conviendra que cette incapacité salutaire qui a leur propre intérêt pour but, ne serait qu'une absurdité ridicule, si elle n'ouvrait jamais au donateur convalescent la porte à la réclamation, si elle ne rendait son repentir efficace. — Rien de plus propre que ce repentir manifesté dans un temps voisin de la convalescence, pour prouver que le malade n'a voulu donner que ce qu'il a cru que la mort allait lui arracher; par conséquent, rien de plus décisif pour faire ranger la disposition au nombre des Donations à cause de mort, malgré le masque de la Donation entre-vifs, sous lequel elle est déguisée. — On se tromperait cependant, si l'on concluait de ceci que je me déclare contre l'opinion de Ricard, n. 98. Je l'ai déjà observé et je le répète: Ricard parle d'un donateur qui, ayant fait une Donation entre-vifs pendant une maladie qui mettait sa vie dans un danger imminent, revient en santé et meurt dans la suite, sans avoir jamais réclamé contre cette Donation. Il suppose que ses héritiers l'attaquent, et il soutient que leur tentative doit être sans succès; je me range entièrement à cet avis; mais je fais une grande différence entre la réclamation du donateur lui-même dans un temps voisin de sa convalescence, et celle de ses héritiers après sa mort — Le point essentiel d'où dépend la validité de la Donation entre-vifs, faite par un malade, ou sa nullité, est de connaître l'esprit dans lequel elle a été faite, comme le dit très bien Ricard, lorsque la maladie se termine par la mort du donateur. Les coutumes fondent, sur cet événement, une présomption *juris et de jure*, que la libéralité n'a été faite qu'en vue de la mort, *mortis intuitu*, présomption *legale* qui équivaut à une preuve *parfaite*, et, par une suite, entraîne nécessairement la conversion de la disposition en Donation à cause de mort, et sa nullité absolue, depuis l'ordonnance de 1731. — Mais lorsque la maladie se termine par le retour du malade à la santé, alors la présomption *juris et de jure* ne se rencontre plus; la circonstance de l'état de maladie au temps de la Donation, étant seule et isolée, ne forme qu'une présomption simple, que la libéralité a été déterminée par l'idée de la mort prête à frapper. Dans l'ordre moral, la réclamation prompte du donateur doit faire dégénérer cette présomption en certitude; et son silence

Digitized by Google

après sa guérison, doit au contraire la détruire et l'anéantir; car si ce silence est une preuve incontestable qu'il aurait fait en santé ce qu'il a fait en maladie, et que l'idée de la mort n'a influé pour rien, ou du moins que pour très peu, sur une détermination dans laquelle il persiste en pleine santé, de là, il résulte que l'application du même principe nous conduit à deux décisions diamétralement opposées dans les deux cas proposés: je veux dire que le même principe qui nous conduit à décider que la réclamation du donateur contre la Donation entre-vifs faite dans le temps où sa vie était en danger, est légitime et doit être accueillie, ce même principe nous conduit à décider que, s'il approuve par son silence, lorsqu'il est revenu en santé, ce qu'il a fait en état de maladie, la réclamation de ses héritiers est téméraire, et ne doit pas être écoutée. — Au surplus, cette distinction peut être appuyée du suffrage de Ricard lui-même, puisqu'après avoir rejeté, au n. 98, la réclamation des héritiers du donateur qui a respecté, après sa convalescence, la Donation entre-vifs qu'il avait faite en état de maladie: il n'hésite cependant pas, au n. 120, de regarder comme incontestablement admissible, la réclamation d'un novice qui, rentré dans le siècle, attaque la Donation entre-vifs qu'il avait faite pendant son noviciat. »

VII. Il reste à dire un mot sur les Donations *entre-vifs* qui, sous la législation actuelle, sont faites pendant la dernière maladie du donateur.

Le Code Napoléon n'a conservé ni la disposition de l'art. 277 de la coutume de Paris, ni celles des autres coutumes qui l'avaient adoptée; ces dispositions, quoiqu'en disent les auteurs des *Pandectes françaises*, tom. 8, pag. 231, ne peuvent donc plus faire loi: (*V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7). Elles ne peuvent même plus être invoquées comme raison écrite; car le motif qui leur servait de base, est absolument détruit par la liberté que laisse le Code Napoléon de donner par testament tout ce qu'il permet de donner entre-vifs. *V.* ci-dessus, n°. 2; et ci-après, sect. 3, §. 1.

§. III. *Peut-on donner entre-vifs, sous la condition, si l'on n'a disposé autrement dans un certain temps? Le peut-on sous la condition, si l'on vient à mourir dans un certain temps.*]]

Dans la châtellenie de Lille, on ne peut disposer à titre gratuit de ses immeubles, que par Donation entre-vifs, si ce n'est entre enfans. Une personne voudrait souvent en avantager une autre au préjudice de ses héritiers, sans neanmoins se dépouiller de son vivant: pour concilier cette intention avec l'esprit de la coutume, on s'est étudié, dans cette province, à donner aux Donations des tournures qui assurassent la validité des Donations, sans cependant ôter aux donateurs la liberté de revoquer leurs dispositions. La plus commune était de donner sous la condition que l'on n'en eût pas disposé autrement dans un certain temps. Il est visible qu'une telle Donation est nulle, même après ce temps écoulé, parcequ'elle est telle dans son principe. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 18 mars 1702, rendu sur l'appel d'une sentence de la gouvernance de Lille, et confirmé en revision le 27 février 1704. Cette jurisprudence a acquis un nouveau degré de certitude par l'ordonnance de 1731.

Mais peut-on, dans la même province, donner entre-vifs, sous la condition que l'on viendra à mourir dans un certain temps? Une pareille Donation ne doit-elle pas plutôt être reputée à cause de mort; et dès-là, n'est-elle pas nulle?

M. Pollet traite cette question dans le §. 3o de la seconde partie de son *Recueil d'arrêts*. Pour établir la nullité d'une pareille Donation, dit-il, on présente les termes *donner entre-vifs*, comme un abus d'expressions inventé pour éluder la prohibition de la coutume. « La Donation conditionnelle, ajoute-t-on, n'est pas proprement une Donation: *Non proprie Donatio est* (dit la loi 21, D. *de donationibus*), *sed Donatio sub conditione est*. Comme c'est la condition qui fait la Donation, c'est par l'espèce de la condition qu'on doit juger si elle est entre-vifs ou à cause de mort. Quand la condition peut arriver pendant la vie du donateur, on ne peut douter que la Donation ne soit entre-vifs. Mais quand la mort du donateur est mise en condition, la Donation doit être censée à cause de mort; parceque la mort du donateur lui donne l'être. En effet, elle a toutes les propriétés de la Donation à cause de mort. Donner au cas qu'on vienne à mourir dans quatre ans, et donner au cas qu'on vienne à mourir dans une expédition de guerre, c'est la même chose. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'existence de la Donation dépend de la mort du donateur. Dans l'un comme dans l'autre, *donator se cogitat et se habere vult magis quàm eum cui donat*, qui est la marque de la Donation à cause de mort. Or, dans le premier cas, la Donation est réputée à cause de mort, suivant la loi 1, §. 1. D. *de mortis causâ donationibus*. »

M. Pollet nous apprend que, malgré ces raisons, deux arrêts du parlement de Flandre, des 5 novembre et 14 mars 1702, ont confirmé des Donations dans lesquelles se trouvait la clause dont il s'agit, et il soutient lui-même que cette opinion est mieux fondée en droit. « En effet (dit-il) la marque de la Donation entre-vifs, est de ne dépendre, en aucune manière, de la volonté du donateur; et il est constant que la condition qui n'en dépend pas, ne change pas la nature de la Donation. Nous avons dans le Code un titre particulier pour les Donations conditionnelles; et on n'a jamais douté que cette sorte de Donation ne fût entre-vifs. Ce que le jurisconsulte Julien dit, que la Donation conditionnelle n'est pas proprement une Donation, n'a point de rapport à la nature de la Donation. Il veut dire qu'avant l'événement de la condition, il n'y a pas proprement de Donation; et on en sent d'abord la raison, savoir, qu'il dépend de la condition s'il y aura une Donation ou point. Mais quand la con-

Digitized by Google

dition arrive, c'est tout de même que si la Donation avait été pure et simple ; et, par un effet rétroactif, la chose donnée est censée avoir appartenu au donataire du jour de la Donation. De sorte que, si le donataire vient à mourir avant la condition, il en transmet le droit à son héritier ; au lieu que la Donation à cause de mort est absolument anéantie par le prédécès du donataire. Nous ne trouvons point dans le droit que celui qui donne sous une condition qui ne peut arriver pendant sa vie, doive être censé donner à cause de mort ; et ce serait un pur paradoxe dans la coutume du bailliage de Lille, parceque par l'art. 1 du titre des *Donations et venditions*, elle permet de donner entre-vifs les biens qu'on laissera à sa mort. — La Donation, en cas que le donateur vienne à mourir dans quatre ans, est plus parfaite que celle des biens qu'on laissera à sa mort. Par la première, on se prive de la liberté de disposer des biens donnés, jusqu'à ce que la condition vienne à défaillir ; au lieu que celui qui donne les biens qu'il laissera à sa mort, peut les donner à un autre, par une Donation pure et simple. — Enfin, la différence essentielle entre les deux espèces de Donation, consiste en ce que celui qui donne à cause de mort, conserve jusqu'au dernier moment de sa vie la liberté de révoquer la Donation, et qu'il ne la conserve pas dans la Donation entre-vifs. De sorte que la Donation à cause de mort ne produit aucun effet pendant la vie du donateur ; au lieu que par la Donation entre-vifs, le droit est acquis au donataire dès le moment de la Donation. — On ne peut nier que par la Donation faite entre-vifs et irrévocablement, *au cas qu'on vienne à mourir dans quatre ans*, le donataire n'acquière un droit à la chose donnée, et même un droit incommutable de la part du donataire ; puisqu'il s'est privé de la liberté de révoquer la Donation. Il importe peu qu'il dépende de la mort du donateur, si la Donation subsistera ou non ; il suffit qu'il ne dépende aucunement de sa volonté : et on ne saurait assigner une juste différence, à cet égard, entre donner au cas qu'on vienne à mourir dans quatre ans, et donner au cas que le donataire vienne à se marier dans quatre ans. »

Ainsi raisonne M. Pollet pour justifier la jurisprudence qui était reçue de son temps au parlement de Flandre. Il ne paraît pas que la question se soit renouvelée dans l'intervalle du dernier arrêt qu'il rapporte, à l'ordonnance de 1731 ; mais on l'a renouvelée depuis la promulgation de cette loi.

Le 2 juillet 1739, le sieur Delezennes, bourgeois de Lille, fit au sieur Vandermaër, prévôt de la même ville, *Donation entre-vifs et irrévocable* de quinze bonniers de terres situées dans la châtellenie, *pour par ledit sieur Vandermaër en jouir sitôt le trépas dudit sieur Delezennes, donateur, AU CAS QU'IL VIENNE A MOURIR DANS L'ANNÉE ET NON AUTREMENT.* — Le sieur Delezennes était atteint d'une maladie mortelle lorsqu'il fit cette Donation ; il avait même déjà reçu les derniers sacremens de l'église, et il n'y survécut qu'un jour. — Aussitôt après sa mort, la dame de La Fraye, son héritière, a fait exploiter sur les biens donnés, une *mise de fait apprehensive*. Le sieur Vandermaër s'y est rendu opposant, en vertu de sa Donation.

La dame de La Fraye a soutenu que cet acte était nul, 1° parcequ'il avait été fait par une personne attaquée de la maladie même dont elle était morte, et qu'ainsi il devait, aux termes de l'art. 277 de la coutume de Paris, être rangé dans la classe des dispositions à cause de mort ; 2° parceque la condition de laquelle on en avait fait dépendre le sort, était relative à la mort du donateur, et que par conséquent, sous cet aspect, on ne pouvait pas encore le regarder comme une Donation entre-vifs.

Le sieur Vandermaër a répondu au premier moyen, que ce n'était pas l'art. 277 de la coutume de Paris qu'il fallait consulter, mais les lois romaines auxquelles le décret d'homologation de la coutume de la châtellenie de Lille, renvoyait la décision des cas échappés à sa prévoyance ; que le §. 1 de la loi 42, D. *de mortis causâ Donationibus*, décidait clairement que l'on peut donner entre-vifs, même à l'article de la mort.

Au second moyen, le sieur Vandermaër a opposé les autorités et les raisons rapportées par M. Pollet dans le passage rappelé ci-dessus.

La défense du sieur Vandermaër a d'abord triomphé des moyens de la dame de La Fraye. Par sentence du 23 février 1742, les officiers de la gouvernance de Lille ont déclaré la Donation bonne et valable, et en conséquence rejeté la mise de fait avec dépens.

Appel par la dame de La Fraye. Après une instruction très approfondie sur l'un et l'autre moyen qu'elle employait, arrêt, au rapport de M. de Casteele-de-la-Briarde, le 8 novembre 1742, qui met l'appellation et ce au néant ; émendant, déclare la Donation nulle, et décrète la mise de fait.

Le sieur Vandermaër s'est pourvu en révision contre cet arrêt ; et par un autre, rendu au rapport de M. Vernimmen, le 10 octobre 1743, les chambres assemblées, il a été dit qu'erreur était intervenue ; en conséquence, faisant droit par jugement nouveau, on a confirmé la sentence de la gouvernance de Lille.

La dame de La Fraye a pris contre cet arrêt la voie du recours en cassation. Dès le 30 décembre de la même année, elle a obtenu un arrêt qui a admis sa requête, et en a ordonné la communication au sieur Vandermaër. — Le sieur Vandermaër a formé opposition à cet arrêt, mais sans succès ; il en a été débouté le 7 septembre 1744. — Enfin, par arrêt définitif du 22 mars 1745, le conseil a cassé l'arrêt de révision du parlement de Flandre, et a ordonné l'exécution de celui qu'avait rendu la même cour le 8 novembre 1742.

Pouvons-nous assurer que par cet arrêt, le conseil a proscrit la jurisprudence qui était établie au parlement de Flandre avant 1731, sur la question de savoir si la Donation faite *irrévocablement et*

Digitized by Google

entre-vifs, en cas que le donateur vienne à mourir dans un certain temps, est une Donation entre-vifs ou à cause de mort? Non; car dans l'espèce dont il s'agit, cette question n'était pas la seule qu'il y eût à juger: la circonstance que le donateur avait reçu l'extrême-onction, lors de l'acte, et qu'il était mort le lendemain, fournissait un grand argument, ou, pour parler plus juste, un argument invincible, pour dire que la Donation n'était qu'une disposition à cause de mort, déguisée sous les apparences d'une Donation entre-vifs, dont on n'avait choisi la dénomination que pour frauder la prohibition de la coutume.

A la vérité, le sieur Vandermaër prouvait très bien que, dans les termes du droit écrit, on peut donner entre-vifs, lorsqu'on est à l'article de la mort. Mais il n'était pas, à beaucoup près, certain qu'il en fût de même dans la coutume de la châtellenie de Lille. Il est même à remarquer que M. Pollet embrasse et soutient fortement la negative; voici ses termes: « La prohibition de disposer des immeubles par testament portée par l'art. 4 du titre *des testamens* de la coutume, nous oblige d'abandonner en cette question les principes du droit romain. La coutume du bailliage de Lille a mis des bornes aux dispositions de dernière volonté. C'est par une espèce de passe-droit qu'il est permis de disposer de ses biens, pour un temps dans lequel on n'en sera plus le maître; et il serait à souhaiter qu'on ne pût se faire d'autre héritier que celui que la loi vous donne. Les plus avares deviennent prodigues, lorsqu'ils voient qu'ils ne peuvent plus posséder leurs biens, et qu'il n'est question que d'en priver leurs héritiers. D'un autre côté, les fraudes et les suggestions ont souvent beaucoup de part aux dispositions de dernière volonté. Une personne se tient moins sur ses gardes, quand il ne s'agit que d'une disposition qu'elle peut révoquer en tout temps. Les testamens se font même le plus souvent aux approches de la mort. Le jugement est affaibli par la force de la maladie. L'affreuse idée de la mort empêche la liberté de l'esprit. Une personne en cet état est susceptible de toute sorte d'impression. Ces considérations ont donné lieu aux scrupuleuses solennités que les Romains ont inventées pour la forme des testamens. Ces solennités n'ont point passé jusqu'à nous; la simplicité des mœurs de ces pays ne pouvait s'y accommoder. La plupart de nos coutumes ne requièrent pas plus de formalités pour les actes de dernière volonté, que pour ceux entre-vifs; mais elles restreignent la liberté de donner par testament, à certaine espèce de biens ou à certaine quotité. — Celui qui, étant malade d'une maladie mortelle, ou se trouvant dans un péril imminent, donne, à condition que la chose donnée lui sera rendue, s'il revient en convalescence, ou s'il évite le péril, ne pense point qu'il se prive de la chose qu'il donne. Il ne la donne que parcequ'il aime mieux qu'elle passe au donataire qu'à son héritier. Il aimerait encore mieux la pouvoir retenir. Le péril où il se trouve est le premier mobile de sa Donation, il ne donne que parcequ'il craint de ne le pouvoir éviter. *Mortis causâ Donatio*, dit l'empereur Justinien, *est quæ propter mortis fit suspicionem; cùm quis ita donat, ut si quid humanitùs ei contigisset, haberet is qui acceperit; sin autem supervixisset, is qui donavit reciperet.* Cela se vérifie dans celui qui donne dans un péril imminent de la vie, et qui veut que sa Donation demeure sans effet, s'il évite le péril. S'il suffit, pour la faire valoir, de la qualifier entre-vifs, la prohibition de la coutume ne sera plus qu'une illusion. Une personne en cet état n'examine point si la Donation est entre-vifs, ou à cause de mort; cette distinction est même le plus souvent au-dessus de sa capacité: il laisse faire le notaire, qui, à la suggestion du donataire, ajoute les *mots prétoriens*, ne croyant pas peut-être faire contre son devoir, en revêtant la Donation de tout ce qui peut servir pour la faire subsister. C'est pour cela que la coutume de Paris et plusieurs autres ont sagement réglé que la Donation faite par un malade de la maladie dont il vient à mourir, est réputée à cause de mort, quoiqu'elle soit conçue en termes de Donations entre-vifs. — Le droit romain permet de disposer de tous ses biens par Donation à cause de mort, comme par Donation entre-vifs. Ainsi on ne peut rien présumer contre la Donation entre-vifs faite par un malade, ou par une autre personne qui se trouve dans un péril imminent. On ne peut donner d'autre motif à sa Donation, que celui d'exercer sa libéralité. »

Telle était la doctrine que la dame de La Fraye opposait aux lois romaines, qui autorisent les Donations entre-vifs de la part de personnes dangereusement malades ou constituées dans un péril imminent de la vie.

Et ce qui prouve que cette doctrine doit avoir influé beaucoup, tant sur l'arrêt du parlement de Flandre, de 1742, que sur l'arrêt du conseil de 1745 qui l'a confirmé, c'est que M. Pollet paraît en faire une exception à sa maxime, qu'il peut être stipulé dans une Donation entre-vifs, que la disposition aura seulement lieu en cas que le donateur vienne à mourir dans un certain temps. Après avoir dit « qu'aux termes de la nouvelle jurisprudence du droit romain, la Donation conditionnelle vaut comme Donation entre-vifs, quoique la condition ait pour objet la mort du donateur, pourvu qu'elle ne dépende point de lui »; il ajoute: « Dans l'espèce des arrêts que nous avons rapportés, il n'y avait point d'autre circonstance qui pût faire douter qu'on se fût servi de la condition, pour éluder la prohibition de la coutume. Il y aurait beaucoup plus de difficulté, si la Donation était faite par une personne dangereusement malade, à condition que la chose donnée lui serait rendue, si elle revenait en convalescence. »

Ainsi tout ce que l'on peut inférer de l'arrêt du parlement de Flandre de 1742, et de celui du conseil de 1745, c'est que, dans les coutumes qui donnent moins de latitude pour les dispositions à cause

Digitized by Google

de mort que pour les dispositions entre-vifs, la Donation faite en cas que le donateur vienne à mourir dans un certain temps, doit être réputée à cause de mort, lorsque celui-ci était au moment de l'acte, attaqué de la maladie dont il est décédé.

La question reste donc entière, ou plutôt l'ancienne jurisprudence, attestée par M. Pollet, demeure sans atteinte pour le cas où il a été fait une Donation de ce genre, par une personne qui jouissait de toute sa santé, et n'était exposée à aucun danger de mort.

§. IV. *Est-ce comme Donation entre-vifs ou comme Donation à cause de mort, que l'on doit considérer une Donation qualifiée entre-vifs, par laquelle le donateur s'est reservé, non seulement l'usufruit des biens qu'il a donnés, mais encore le droit de rentrer dans ces biens en cas de prédécès du donataire?*

Le 7 mai 1782, le sieur de Neuville a fait *Donation entre-vifs, absolue et irrévocable au sieur Dopont, prêtre*, de 22 rasières de terres situées dans la châtellenie de Lille, avec clause expresse que le donataire, *ses hoirs ou ayant-cause* jouiraient, useraient et profiteraient de ces biens, *en toute propriété, dès cejourd'hui et de là en avant et à toujours*, l'usufruit neanmoins reservé au donateur et à la demoiselle de Neuville, sa fille unique, *pour, après le décès du survivant d'eux deux, l'usufruit et jouissance desdits biens être reconsolidés à la proprieté*. Enfin il a été stipulé *que, si ledit sieur Dopont venait à prédécéder ledit sieur donataire et ladite demoiselle sa fille, la présente Donation serait et demeurerait nulle et de nul effet*.

Quelques jours après avoir signé cet acte, le sieur de Neuville s'en est repenti. Il a, en conséquence, fait assigner le sieur Dopont, pour voir declarer la Donation nulle, ou, en tout cas, resolue, attendu qu'elle était, suivant lui, à cause de mort.

Il fondait cette prétention sur la stipulation de retour qui était inserée dans l'acte, à la suite de la réserve de l'usufruit. De là, suivant lui, il résultait que le donateur s'était préféré au donataire, et qu'il n'avait preferé celui-ci qu'à ses heritiers. Or, ajoutait-il, tel est le véritable caractère des Donations à cause de mort: *Causâ mortis Donatio est cùm quis habere se mavult quàm eum cui donat, magisque eum qui donat quàm heredem suum*. Il citait encore le §. 1 aux institutes, *de Donationibus*, qui dit que c'est donner à cause de mort, *cùm quis ita donat, ut si quid humanitùs ei contigisset, haberet is qui acciperet; sin autem supervixisset, is qui donavit, reciperet*. Enfin, et c'était sa principale autorité, il invoquait la fameuse loi 4a, D. *de mortis causâ Donationibus*, qui porte: *Seia, cùm bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato Donationis causâ cessisset, usumfructum sibi recepit; et convenit ut, si Titius ante ipsam vitâ decessisset, proprietas ad eam rediret*,..... *DENEGARI NON POTEST MORTIS CAUSA FACTAM FIDEI*; d'où Brunneman, sur cette loi, conclud que bien que, suivant l'opinion la plus commune et la plus exacte, la reserve d'usufruit n'ait rien d'incompatible avec la nature d'une Donation entre-vifs, neanmoins il en est autrement lorsqu'elle est jointe à la clause de retour: *Hoc tamen fallit quandò simul dictum, ut, si donatarius præmoreretur, Donatio esset irrita, quod Donationi mortis causa convenit*.

Le sieur Dopont a refuté victorieusement ces differens moyens.

« Il est faux (disait son defenseur), que le sieur de Neuville se soit preferé lui-même au donataire, puisqu'il s'est exproprie en sa faveur, et que cette expropriation a eu un effet present et actuel: dès le moment de la donation, la propriété des biens donnés est passée sur la tête du donataire: dès ce moment, il a pu les vendre, les échanger, les donner même, à la charge de l'usufruit que le sieur de Neuville s'était reservé. — Qu'importe, pour le caractère de cette Donation, que le sieur de Neuville en ait stipulé le retour en cas de prédécès du donataire? — Le caractère essentiel d'une Donation est d'être irrévocable, et de ne pouvoir, quand elle est consommée, être aneantie par le fait et la volonté du donateur. — Les conditions suspensives ou résolutoires ne sont pas contraires à sa nature; il n'y a que celles dépendantes de la volonté du donateur, qui la vicient. — La condition que les biens donnés retournent au donateur, au cas de prédécès du donataire, est purement resolutoire. — Non seulement elle est tolerée dans la Donation entre-vifs, mais encore elle y est suppléée en certains cas; par exemple, quand c'est le père, la mère ou un autre ascendant qui est donateur, et un enfant qui est donataire. *V. Réversion*. — Cette condition n'est donc pas capable de convertir la Donation entre-vifs, en Donation à cause de mort. — La loi *Seia*, que l'on oppose principalement, favorise cette opinion, bien loin de la contrarier. — Dans l'espèce de cette loi, Seia donne ses biens avec tradition à Titius, son cousin, s'en réserve l'usufruit, et convient que, si Titius meurt avant elle, la proprieté des biens donnés lui retournera: *Seia cum bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato cessisset Donationis causâ, usumfructum sibi recepit, et convenit ut, si Titius ante ipsam vitâ decessisset, proprietas ad eam rediret*. — De là une première Donation, avec stipulation de retour de la proprieté des biens donnés à *Seia*, au cas de prédécès de *Titius*, donataire. — Seia convient encore que ses biens, dont la propriété lui sera retournée, arrivant le cas du prédécès de Titius, appartiendra aux enfans de celui-ci, si elle meurt avant eux: *Si posteà superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent*. — De là une seconde Donation faite aux enfans de *Titius*, au cas que Seia meure avant eux. — On demandait, non pas de quelle espèce était la première Donation, mais de quelle nature était la seconde. — Le jurisconsulte romain regarde dans sa réponse, la première Donation comme entre-vifs et

Digitized by Google

parfaite, *prior Donatio quæ, dominio translato, pridem perfecta est;* et décide que la seconde est une Donation à cause de mort, et, comme telle, sujette à la falcidie, *denegari non potest mortis causâ factam videri.* — Pourquoi cela? Parceque la première Donation étant résolue par le prédécès de *Titius*, et la propriété du bien donné étant retournée à *Seia*, donatrice, elle avait déclaré que la propriété de ces biens n'appartiendrait aux enfans de *Titius*, que dans le cas où elle mourrait avant eux. — Or, donner à quelqu'un, au cas que l'on meure avant lui, c'est vraiment donner à cause de mort.— Mais il resulte en même temps de la loi *Seia*, qu'il n'y a pas de doute qu'une Donation avec condition ne soit entre-vifs, quoique faite sous la condition résolutoire que la propriété des biens donnés retournera au donateur, en cas de prédécès du donataire; de sorte que cette loi, entendue comme elle doit l'être, n'affaiblit pas, mais fortifie notre opinion. »

Telle était la defense du sieur Dopont. Le sieur de Neuville a prétendu dans sa réplique, que les deux Donations dont parlait la loi *Seia*, etaient à cause de mort; que la loi elle-même les déclarait telles.

« Explication forcée (a répondu le sieur Dopont)! De tous les principes qui doivent nous guider dans l'interprétation des lois, il n'en est guère de plus connu que celui que Dumoulin nous rend en ces termes: *Lex non debet intelligi nisi de eo quo quæritur.* Or, de quoi s'agissait-il dans la loi Seia? Était-ce de la Donation faite à Titius, avec la condition que les biens donnés retourneraient à Seia, si elle survivait au donataire? Non; la loi elle-même nous apprend que Titius était mort avant Seia, que la *Donation était résolue, solutâ priore Donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit.* Il n'était donc question que de la seconde Donation, que de celle faite aux enfans Titius: tout ce que decide la loi doit donc se rapporter à cette seconde Donation, *lex non debet intelligi nisi de quo quæritur.* — Un second principe moins connu, mais aussi certain, en matière d'intelligence des lois, est de ne les entendre que d'un cas qui puisse offrir quelque doute. *Lex*, nous dit encore Dumoulin, *non debet intelligi nisi de eo de quo quæritur et dubitatur:* or, de quoi s'agit-il dans la loi Seia? De savoir si les enfans de Titius pouvaient exiger caution de Seia, et si la Donation qui leur avait été faite, était sujette au retranchement de la falcidie: c'est là où aboutit la décision de la loi: *contributioni propter falcidiam ex personâ suâ tenebuntur.*—Mais on le demande au sieur de Neuville lui-même, si la Donation faite à Titius avait été à cause de mort, ainsi que celle faite à ses enfans, quel doute aurait-il pu y avoir sur l'une ou l'autre de ces questions? Un donataire à cause de mort ne peut exiger de caution de la part de son donateur: toute Donation à cause de mort est sujette à la falcidie: ce sont des principes connus; la raison de douter, dans la loi Seia, ne pouvait donc être que le motif que la Donation faite à Titius était entre-vifs: la raison de douter ne pouvait donc être que parceque les enfans de Titius voulaient tirer droit de la Donation faite à leur père, pour demander caution à Seia, et se soustraire au retranchement de la falcidie, à l'ombre du caractère d'irrévocabilité et de Donation entre vifs, qui accompagnait la Donation faite à leur père. Aussi la loi leur répond-elle équivalemment qu'ils ont tort de se prévaloir de la Donation faite à leur père, parceque cette Donation était résolue, *solutâ priore Donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit.* Si la Donation faite à Titius avait été également une Donation à cause de mort, la loi eût-elle dit à ses enfans qu'ils ne pouvaient tirer droit de la Donation faite à leur père? N'était-il pas plus simple de leur dire: « Mais la Donation faite à votre père était également à cause de mort; vous avez donc d'autant plus de tort de vous prévaloir de la Donation qui lui avait été faite, qu'à titre même de cette Donation, vous ne pouviez exiger caution de Seia, ni vous soustraire au retranchement de la falcidie? » L'interprétation que le sieur de Neuville veut donner à la loi Seia, résiste donc à ce second principe. *Lex non debet intelligi, nisi de eo de quo dubitatur.* — Nous pourrions ajouter que cette même interprétation prête des absurdités à la loi; qu'elle rendrait cette loi inconciliable avec une infinité d'autres: mais qu'il nous suffise, pour le moment, d'observer que cette interprétation est même contraire à la lettre de la loi, *denegari non potest mortis causâ factam videri:* la loi ne dit pas *factas videri:* elle ne parle donc que d'une Donation: et de laquelle parle-t-elle? De celle-là seule qui donnait lieu à la question, *de eo de quo quæritur.* »

Sur ces raisons, arrêt est intervenu le 30 janvier 1783, au rapport de M. Hériguer, en la première chambre, qui a débouté le sieur de Neuville de ses demandes, fins et conclusions, et a déclaré la Donation bonne, valable et entre-vifs.]

[[Voici un arrêt de la cour de cassation qui juge la même chose, relativement au droit d'enregistrement.

Le 16 nivose et le 4 messidor an 10, le sieur Bazin fait donation à ses deux enfans de plusieurs immeubles dont il se réserve l'usufruit, avec le droit de retour en cas de prédécès des donataires sans postérité. — La régie de l'enregistrement demande sur ces Donations un droit proportionnel de 2 fr. 50 cent. par 100 francs. —Jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Bayeux qui la déclare *non recevable quant à présent*, attendu que les Donations ne sont que conditionnelles; que leur effet est subordonné à l'événement encore incertain du prédécès du donateur; et que les donataires ne sont pas encore propriétaires incommutables. — Mais la régie s'étant pourvue en cassation contre ce jugement, par arrêt du 12 nivose an 13, au rapport de M. Busschop, — « Vu l'art. 4, le n° 5 du §. 3 de l'art. 68, et le n° 2 du §. 6 de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que les deux actes des 16 nivose et 4 messidor an 10, dont il s'agit dans l'affaire actuelle, contiennent des Donations

Digitized by Google

entre-vifs de biens immeubles en ligne directe, et qu'ainsi, ces actes sont soumis au droit proportionnel de deux et demi pour cent, conformément aux art. 4 et 69, §. 6, n° 2, de la loi du 22 frimaire an 7; que la clause de retour stipulée dans lesdits actes, bien loin d'apporter un obstacle à la transmission *actuelle* des biens qui en sont l'objet, suppose au contraire la réalité de cette transmission, puisqu'il serait inutile de stipuler le *retour* d'une propriété dont on ne se serait point dessaisi; — Que la clause de *réserve d'usufruit* insérée dans les mêmes actes, ne peut pas plus empêcher la transmission *actuelle* des biens donnés, attendu que cette réserve suppose également le dessaisissement de la propriété, et que d'ailleurs une pareille réserve peut s'appliquer à toute Donation entre-vifs; — Que le n° 5 du §. 3 de l'art. 68 de ladite loi ne s'applique qu'aux libéralités à cause de mort et autres, dont l'effet dépend de l'événement du décès, et se trouve suspendu jusque-là; qu'il est évident, d'après les considérations susdites, que les deux actes de Donation dont il s'agit, contiennent une transmission réelle de la nue propriété, à laquelle répugne l'idée d'un effet purement *suspensif* que l'on voudrait leur attribuer, et ce qui les rend par conséquent étrangers à l'application dudit n° 5 de l'art. 68; — Que néanmoins, par son jugement du 8 germinal an 11, et sous le prétexte que l'effet desdites Donations était purement suspensif, le tribunal de Bayeux a déclaré ces actes exempts du paiement du droit proportionnel, et seulement sujets au droit fixe de 3 francs établi par ledit art. 68; en quoi il a faussement appliqué cet article, et contrevenu aux art. 4 et 69 susdits; — La cour casse et annulle..... »

§. V. *Dans le doute, une Donation doit-elle être présumée entre-vifs ou à cause de mort?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 6 thermidor an 13, rapportés à l'article *Testament*.

§. VI. *Doit-on considérer comme Donation entre-vifs ou comme Donation à cause de mort, la déclaration par laquelle un parent collatéral, dans un contrat de mariage, donne* IRRÉVOCABLEMENT ET ENTRE-VIFS, *à la future épouse, les biens qui lui sont échus de la succession de son père et ceux qui pourront lui échoir ou qu'il pourra acquérir par la suite,* A AVOIR ET PRENDRE APRÈS SON DÉCÈS?

V. l'arrêt du 7 ventose an 13, rapporté dans le plaidoyer du 3 floréal suivant, qui compose le §. 1 de l'article *Conventions matrimoniales*.

§. VII. *La Donation mutuelle que deux époux se font par leur contrat de mariage, de tous leurs biens présens et à venir, pour en jouir par le survivant en toute propriété après le décès du premier mourant, est-elle Donation entre-vifs ou à cause de mort? — Quel est son caractère, lorsque par le contrat de mariage, il est dit en outre que les époux seront, dès le jour de la cérémonie nuptiale, respectivement propriétaires des biens l'un de l'autre?*

V. le plaidoyer du 3 floréal an 13, cité dans le paragraphe précédent.]]

Section II. *De la forme des actes qui contiennent des Donations entre-vifs.*

§. I. *Ancien droit, dispositions de l'ordonnance de 1731.*

Avant l'ordonnance du mois de février 1731, on n'avait point de guide certain sur la forme des Donations. Les uns croyaient qu'il n'était pas nécessaire que ces sortes d'actes fussent rédigés pardevant notaires, attendu que cette formalité n'avait été prescrite par aucune loi; et qu'il suffisait qu'ils fussent signés par le donateur et par le donataire, pourvu toutefois que la Donation eût été insinuée avant la dernière maladie du donateur. Cette opinion paraît avoir été adoptée par Duplessis.

Ricard et plusieurs autres pensaient au contraire que, comme les Donations sous signature privée n'ont aucune date certaine, et que tous les actes emportant hypothèque faits postérieurement, y sont préférables, elles tombaient dans l'inconvénient de la règle *Donner et retenir ne vaut*, lorsqu'elles n'avaient point acquis d'authenticité avant le décès du donateur: en effet, il conservait, de cette manière, la liberté de faire en sorte qu'une Donation de cette espèce ne subsistât plus. Et même l'insinuation faite avant le décès du donateur, ne pouvait pas parer à cet inconvénient, attendu que quoique le registre des insinuations justifie qu'une Donation a été insinuée, il ne prouve pas pour cela la vérité de cette Donation: autrement, rien ne serait plus facile, comme l'observe Ricard, que de supposer de fausses Donations. — On n'appuyait, à la vérité, ce dernier sentiment sur aucun texte de loi ou de coutume. On aurait néanmoins pu, selon la remarque de Sallé, tirer à cet égard avantage de l'art. 83 de l'ordonnance de 1539, et de la déclaration rendue sur cette même ordonnance au mois de février 1549, qui veulent que, quand la Donation est commencée en l'absence du donataire, *l'acceptation soit faite par lui en présence de personnes publiques et de témoins, ou de deux notaires*. Il paraît, par ces dispositions, que l'intention du législateur avait été que toutes les Donations fussent passées par-devant notaires et personnes publiques. Mais, pour qu'il ne restât aucune difficulté sur cet objet, l'art. 1 de l'ordonnance du mois de février 1731 a prononcé la peine de nullité contre toute Donation qui ne serait point passée par-devant notaires.

Il faut, suivant la même loi, qu'il reste minute de la Donation; et cette seconde disposition est une

Digitized by Google

suite nécessaire de la première : en effet, si la Donation n'était qu'en brevet, ou que la minute pût en être retirée des mains du notaire, il est évident qu'il serait au pouvoir des parties d'anéantir cette Donation; ce qui serait directement contraire à la nature des actes de cette espèce, dont l'irrévocabilité est un caractère principal et distinctif.

Il suit de cette décision, qu'on ne pourrait point aujourd'hui, nonobstant l'avis de Ricard, avoir égard à une Donation faite sous seing-privé, et qui aurait ensuite été déposée chez un notaire, quand même il serait resté minute de l'acte du dépôt. La raison en est que la disposition de l'ordonnance ne peut, comme l'observe Pothier, s'exécuter par équipollence, attendu qu'elle est impérative, et contient un commandement absolu qui doit être exécuté à la lettre.

[[Cette disposition et celle qui concerne la nécessité de passer les actes de Donation par-devant notaires, ont-elles aussi lieu par rapport aux avantages conventionnels que se font des conjoints par leur contrat de mariage? *V. Contrat de mariage*, §. 1; et *Conventions matrimoniales*, §. 1.]]

Suivant l'art. 2 de l'ordonnance citée, les Donations entre-vifs doivent être dans la forme ordinaire *des contrats et actes passés par-devant notaires*, en y observant d'ailleurs les autres formalités prescrites par les différentes lois, coutumes et usages des pays soumis à la domination du roi.

Il résulte de cette loi, qu'en matière de Donations entre-vifs, il y a des formalités de deux espèces à observer : 1° celles qui sont communes à tous les actes ou contrats que reçoivent les notaires : 2° celles que les différentes lois, coutumes ou usages des provinces du royaume ont pu introduire indépendamment des premières.

[[§. II. *Conséquences de l'art. 2 de l'ordonnance de 1731, par rapport à la forme dans laquelle doivent être passées les Donations entre-vifs.*]]

Toute Donation entre-vifs doit être passée par-devant deux notaires, ayant caractère pour instrumenter sur les lieux, ou par-devant un notaire et deux témoins. Il faut qu'elle soit signée des deux notaires, ou du notaire et des deux témoins, ainsi que du donateur et du donataire; et si l'un ou plusieurs d'entre eux ne savent ou ne peuvent signer, il doit en être fait mention dans l'acte, à peine de nullité.

Si une Donation entre-vifs était passée hors du district où le notaire a droit d'instrumenter, elle serait absolument nulle. En cela, une Donation diffère des autres contrats; car ceux-ci, en pareil cas, vaudraient comme actes sous signatures privées.

Ricard pensait qu'une Donation ne devait pas être annullée par la seule considération qu'elle aurait été reçue par un notaire hors de son district. « Je ne crois pas (disait-il) que nous devions traiter de cette matière des Donations avec tant de rigueur que celle des testamens, en laquelle nos coutumes désirant expressément qu'ils soient reçus devant notaire, il est absolument nécessaire que le notaire instrumente dans l'étendue de son ressort, sinon l'acte demeurerait sans effet, parceque le notaire n'a point de pouvoir ni de caractère hors la juridiction en laquelle il a été immatriculé; et ainsi la loi s'étant particulièrement attachée à la qualité du notaire, il y a raison de se persuader qu'elle n'a considéré que ceux qui avaient ce titre dans le lieu dont elle a voulu parler; ce qui ne peut pas être étendu aux Donations entre-vifs, parceque nos coutumes n'ayant pas imposé l'obligation de les passer par-devant des notaires, la résolution que nous prenons que la Donation doit leur être déposée entre les mains, n'est fondée que sur les conséquences, et pour faire que le public ait une assurance du jour que la Donation a été passée. » — Mais cette opinion, qui pouvait avoir quelque fondement avant l'ordonnance de 1731, ne peut être aujourd'hui considérée que comme erronée. En effet, tout le système de Ricard n'est appuyé que sur ce qu'il n'y avait de son temps aucune obligation expresse imposée par la coutume ni par les ordonnances, de faire les Donations par-devant notaires, et que cette formalité n'avait été introduite dans l'usage que par rapport aux conséquences : mais aujourd'hui il n'en est plus de même : l'ordonnance de 1731 en fait une loi expresse; et l'art. 1 de cette ordonnance n'assujettit pas moins expressément les Donations à être faites devant notaires, que la coutume y assujettit les testamens. Par conséquent, si les testamens ne peuvent être reçus, de l'aveu même de Ricard, que par des notaires ayant caractère dans le lieu où ils les reçoivent, de même les Donations ne peuvent, depuis l'ordonnance de 1731, être faites devant des notaires hors de leur ressort, en suivant les principes même de ce jurisconsulte, puisque, selon lui-même, des notaires hors de leur ressort sont des *personnes privées*.

[[C'est ce que décide expressément la loi du 25 ventose an 11, art. 6 et 68. Mais l'art. 2 de la loi du 18 brumaire an 2 en avait disposé autrement.]]

[§. III. *Des formalités particulières auxquelles les Donations entre-vifs sont assujetties dans la Provence et dans le Dauphiné.*

I. L'édit du roi René, du 28 octobre 1472, ordonne que les « Donations simples entre-vifs qui se feront, à l'avenir, dans le pays de Provence et les terres adjacentes, bien qu'elles n'excèdent pas la somme de droit, ne puissent être valables et avoir leur effet par une forme et une solennité qui exclue toute présomption de dol, qu'en observant l'une des solennités suivantes, savoir : la connaissance et l'approbation du viguier ou baile et juge ordinaire du lieu où la donation sera faite, après qu'il aura reconnu que la cause de donner est honnête, et qu'il n'y a point de fraude, et la présence et la connaissance des parens ou alliés du donateur, et

Digitized by Google

au moins de deux avec l'un des syndics ou procureur du lieu; et s'il ne se trouve point de parens ou alliés, ou qu'ils soient absens du lieu, des syndics ou consuls et procureurs du lieu qui seront alors en charge avec le baile et son lieutenant, de manière que la clandestinité, qui est une marque de fraude, soit vraisemblablement exclue, suivant la disposition du droit, par la présence des susdites personnes qui interviendront alternativement, ordonnant que le choix des personnes susdites appartiendra au donateur, de l'intérêt duquel il s'agit principalement : déclarant, par notre présente ordonnance, que la donation simple et entre-vifs qui sera faite autrement qu'en la forme ci-dessus, soit de biens immeubles ou de dettes, pourvu toutefois que la valeur des biens donnés excède la somme de dix florins, ne tienne et qu'elle soit nulle. »

Julien, dans son commentaire sur les statuts de Provence, tome 1, page 185, dit que dans l'usage on n'appelle pas aux Donations entre-vifs, les parens des donateurs.

Mais il ajoute que l'édit s'exécute sévèrement par rapport à la présence du juge; et nous trouvons dans le recueil de Boniface, tome 1, livre 7, titre 3, chapitre 1, un arrêt du 4 février 1658, par lequel le parlement de Provence cassa une Donation sur le fondement que le juge qui y avait assisté, n'avait pas interrogé le donateur. En effet, ce n'est pas une présence muette que la loi exige du juge: il faut qu'il prenne connaissance de la Donation, qu'il s'assure que la cause en est honnête et exempte de fraude, et qu'alors il l'approuve. *Judicis conscientia et approbatio postquàm agnoverit causam honestam faciendi et in eo fraudem cessare.* Ce sont les termes du texte latin de l'édit.

L'intervention du juge dans l'acte de Donation, ne suffit pas. Il y faut encore celle de l'un des officiers municipaux du lieu. Mourgues, page 63, rapporte un arrêt du 26 novembre 1635, qui déclara une Donation nulle, par le seul défaut de présence d'un *consul*, terme synonyme, dans ce pays, avec celui d'officier municipal. — Il avait même été jugé en 1578, par un arrêt qu'on trouve dans le recueil de M. de Saint-Jean, décis. 68, n°. 1, qu'une Donation à laquelle avait assisté un consul qui n'y avait paru que comme témoin, était nulle. *V.* l'art. *Testament*, sect. 2.

Est-ce devant le juge et le consul du domicile du donateur, ou devant ceux du lieu où l'acte est passé, que la Donation doit être faite? On prétend que le premier parti a été adopté par arrêt du 25 mai 1673, sur les conclusions de M. de Vergons, avocat-général. Mais il faut que cet arrêt soit mal cité, ou qu'il ait été rendu sans connaissance de cause; car l'édit de René décide formellement que le juge dont il requiert l'assistance, est celui du lieu de la confection de l'acte *Videlicet viguerii seu bajuli et judicis ordinarii loci in quo fiet Donatio.* C'est, d'ailleurs, ce qu'ont jugé deux arrêts très précis: le premier, du 23 juin 1665, a confirmé une Donation faite à Aix, en présence du lieutenant et d'un consul de la même ville, par un habitant de Marseille (1). Le second, du 28 mars 1676, a été rendu dans une espèce semblable, et l'a décidée de même (2).

Lorsque la Donation se fait hors de la Provence, les formalités de l'édit de 1472 y sont-elles requises? Elles ne pourraient l'être que, ou parceque le donateur serait domicilié en Provence même, ou parceque les biens donnés y seraient situés. Mais elles ne le sont ni dans l'un ni dans l'autre cas. Duperrier, dans les arrêts qu'il a recueillis, tome 2, article *Donation*, dit qu'un arrêt du 18 mai 1628, a jugé valable une « donation faite hors de Provence, sans les formes du statut, et de tous biens, à la charge de nourrir le donateur. » C'est ce qu'a encore décidé un arrêt du 31 mars 1730: « il s'agissait, dit Julien, d'une Donation faite au lieu de Valreal dans le comtat Venaissin, d'une maison et d'une propriété située à Colonzelle, village de Provence. Cette Donation n'était point revêtue des formes prescrites par le statut de cette province; néanmoins, elle fut confirmée, parceque la coutume du lieu où elle avait été faite, n'exigeait pas d'autres formalités que celles qu'on y avait observées. — Il faut néanmoins remarquer (continue le même auteur) que s'il y avait des circonstances graves, d'où l'on pût conclure que le donateur a été séduit et trompé, l'artifice d'avoir éludé ces formes du statut, en tirant celui qui a son domicile et ses biens en Provence, dans des lieux où ces formes ne sont pas requises, serait un moyen de fraude qui, avec les autres circonstances, pourrait servir à faire déclarer la Donation nulle. »

Un juge, un officier municipal, parens du donateur, peuvent-ils intervenir dans la Donation pour l'approuver? Pourquoi non? Leur parenté est, dans l'esprit même de l'édit de 1472, une raison de plus pour exclure le soupçon du dol et de la fraude qu'on pourrait employer contre le donateur. D'ailleurs, les lois 3 et 4, D. *de Adoptionibus*, et le §. 2 de la loi 18, D. *de Manumissis vindictâ*, décident expressément que la parenté n'est pas un motif de récusation, dans les actes de pure juridiction volontaire, tels que l'émancipation, l'adoption, la dation de tutelle ou curatelle, etc.

Mais n'en est-il pas autrement, lorsque c'est du donataire même que le juge est parent? Il y a là-dessus deux arrêts qui ne s'accordent pas; le premier, rendu le 2 juin 1671, a déclaré la donation nulle; le second l'a jugée bonne. Nous ne connaissons point celui-là; mais dans le cas de celui-ci, le juge qui avait autorisé la Donation, était cousin-germain des donataires, neveu du donateur, et cousin-germain du notaire qui avait reçu l'acte.

Julien estime qu'on devrait se conformer au premier arrêt, « si la Donation était faite au fils, à la femme du juge, et qu'elle pût revenir à son profit...., parceque régulièrement nul ne peut autoriser un

(1) Boniface, tom. 1, liv. 7, tit. 7, chap. 2.
(2) Commentaire sur les statuts de Provence, par Julien, tom. 1, pag. 187.

Digitized by Google

acte pour lui-même et dans sa propre cause. Dans les lois 3 et 4, D. *de Adoptionibus et emancipationibus*, il s'agit véritablement du père et du fils, mais ces lois ne parlent que de l'émancipation et de l'adoption. »

Deux arrêts des 4 avril 1653 et 22 mars 1741 ont jugé que, quoique l'examen du juge, son autorisation et la présence d'un consul dans l'acte de Donation, fassent présumer que le donateur était dans son bon sens, cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. (Boniface, tome 1, liv. 8, tit. 27, chap. 13; Julien, *loc. cit.* pag. 189.)

Elles n'excluent pas non plus la preuve du dol et de la crainte. Il y a un arrêt du 3 février 1656 qui l'a ainsi jugé. (Julien, *ibid.* pag. 191).

On en trouve un autre dans Boniface (tome 2, part. 3, liv. 1, tit. 10, chap. 2), sous la date du 18 juin 1666, par lequel les héritiers du donateur ont été reçus à s'inscrire en faux contre sa signature, sans prendre la même voie contre celles du juge et du consul qui avaient autorisé la Donation.

La faveur des Donations faites aux mariés ou à leurs descendans dans leur contrat de mariage, les a fait dispenser des formes prescrites par l'édit de 1472; mais il faut pour cela qu'elles precèdent la ceremonie nuptiale; si elles la suivent, elles sont nulles, dès que les solennités dont il s'agit y manquent. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 7 avril 1656 et 13 mai 1666. (Julien, *ibid.*, page 193; Boniface, tome 1, liv. 7, tit. 1, chap. 2.)

On excepte encore des dispositions de l'édit de 1472, les Donations que se font les conjoints par leur contrat de mariage. La raison en est que l'edit parle seulement des *Donations simples*, et que celles dont il s'agit sont moins des Donations que des conventions *inserées*, dans un contrat dont toutes les clauses sont correlatives. Suivant la déclaration du 25 juin 1729, ce sont des dispositions «qui, sans avoir le caractère d'une véritable Donation, ne sont que de simples conventions matrimoniales stipulées entre les parties contractantes, soit pour aider le mari à soutenir les charges du mariage, soit pour balancer les avantages qu'il fait réciproquement à sa femme, et pour établir par-là une espèce de compensation aussi juste que favorable.»

Les Donations faites sous des charges ou pour récompense de service, sont-elles sujettes aux formalités de l'edit de 1472? Oui, repond Julien (*loc. cit.*, page 198), à moins qu'elles ne soient faites en contrat de mariage, parceque ce sont de vraies Donations. On cite pourtant un arrêt du 20 novembre 1584, qui paraît avoir jugé le contraire, pour une Donation faite par une mère à sa fille, en récompense d'un service expressement désigné dans l'acte; mais Saint-Jean qui le rapporte (decision 68), nous apprend qu'il ne passa qu'avec beaucoup de difficulté, *non sine dominorum contentione;* et que la sentence des premiers juges avait décidé pour la nullité de la Donation.

II. Le Dauphiné a, sur cette matière, une loi qui semble avoir servi de modèle à l'édit de Provence, quoique celui-ci s'en soit un peu écarté; c'est l'ordonnance de Louis XI du 31 juillet 1456. Elle porte que, pour prévenir les surprises trop ordinaires dans les Donations, et mettre les habitans du Dauphiné à couvert des manœuvres par lesquelles on pourrait chercher à les dépouiller de leurs biens, (*Nos subditorum nostrorum incommoditatibus cupientes occurrere, ipsosque à calumniosis deceptionibus illæsos præservare, maximè contrà illum perniciosum abusum, quem inter subditos nostros circà Donationes inter vivos.... contingere invenimus*), ces Donations ne pourront valoir par la suite qu'autant qu'elles seront faites, lues et publiées en presence, tant du bailli, juge ou châtelain *du domicile* du donateur, ou de leur lieutenant, que de trois de ses plus proches parens existans dans le même lieu; et que, s'il ne se trouve point de parens, ou qu'y étant appelés ils ne veuillent pas y assister, il y sera subrogé par l'un des officiers dont on vient de parler, des hommes de bien du même lieu, non suspects, et au nombre qu'il faudra pour remplacer ceux des trois parens qui manqueront ou refuseront d'être présens à l'acte; le tout à peine de nullité: *Sancimus, statuimus et decernimus Donationes prædictas de cætero fiendas non esse aliter valituras quàm si in ballivi, judicis aut castellani loci sive parochiæ domicilii donatoris, vel locum tenentis eorumdem, et trium ex proximioribus consanguineis sive parentibus ipsius donatoris in dicta parochiâ existentibus, vel ubi non reperirentur in dictâ parochiâ, aut vocati adesse nollent in Donatione prædictâ, aliorum virorum proborum dictæ parochiæ non suspectorum per alterum ex dictis officiariis pro numero parentum non repertorum, aut adesse, ut suprà, nolentium, surrogandorum, præsentiâ factæ fuerit, recitatæ et publicatæ; et quas aliter fieri prohibemus, easque si fuerint, præmissis non observatis, nullas et irritas esse decernentes, et perindè haberi tàm in judiciis quàm extrà, ac si factæ non fuissent.*

Cette ordonnance, dit Chorier, dans sa *Jurisprudence de Guy-Pape*, page 225, édition de 1769, *est observée aujourd'hui religieusement.*

Un arrêt du parlement de Grenoble, du 3 mars 1683, rapporté par le même auteur, a cassé une Donation faite par une mère à son fils, parcequ'il n'y etait pas énoncé que les parens de la donatrice y eussent été appelés, ni que les trois voisins qui y avaient assisté, leur eussent été subrogés par le juge. Le donataire se prevalait de ce qu'il avait joui paisiblement pendant vingt-sept ans; mais on a jugé cette jouissance insuffisante pour couvrir le défaut des formalités prescrites par la loi.

Il n'est pourtant pas nécessaire que les parens soient assignés par exploit. Chorier nous a conservé un arrêt du 16 février 1713 qui le juge ainsi.

Nous avons vu ci-devant qu'en Provence, la Donation peut être faite devant un autre juge que celui du domicile du donateur. Il n'en est pas de même en Dauphiné: l'ordonnance de Louis XI exige absolument la présence du juge, bailli ou châtelain

Digitized by Google

domiciliaire ; et un arrêt du 17 décembre 1652 a déclaré une Donation nulle, « pour avoir été faite dans le lieu de Charnecles, mandement de Ripues, au lieu qu'elle avait dû être faite à Grenoble, où le donateur habitait. » Ce sont les termes de Basset, tome 1, liv. 4, tit. 16, chap. 1.

Il ne faut donc pas s'étonner de ce que, comme l'assure encore cet auteur au même endroit, un autre arrêt du 9 mars 1651 a cassé « une Donation faite dans Sisteron par un habitant de Ribiers, suivant le statut de Provence, mais non selon celui de Dauphiné, où les fonds étaient situés. » En effet, l'ordonnance de Louis XI met les Dauphinois dans l'impuissance de donner, autrement qu'en présence du juge de leur domicile; et il serait absurde de vouloir les exempter de cette loi, précisément parcequ'ils feraient la Donation dans un lieu où ils ne seraient pas domiciliés. *V. Entravestissement*, sect. 2, §. 1.

Nous avons dit, en parlant de l'édit rendu en 1472 pour la Provence, qu'on doit en observer les formalités, même dans les Donations faites en faveur de mariage, lorsqu'elles sont postérieures à la cérémonie nuptiale. C'est aussi ce qu'a jugé, par rapport à l'ordonnance de Louis XI, un arrêt du parlement de Grenoble, dont voici l'espèce.

Du mariage de Jacques Gaillard avec Dominique Cochet, naquirent cinq enfans, et entre autres Sébastienne et Catherine. — En 1717, mariage de Sébastienne avec Jean Lambert : Gaillard, père, lui fait Donation de la moitié de ses biens. En 1724, il institue Dominique Cochet, sa femme, héritière dans l'autre moitié. Et en 1729, Dominique Cochet en fait Donation à Sébastienne : on exprime dans l'acte que cette Donation est faite *en augmentation de dot*. — Catherine avait épousé Antoine Blain : de ce mariage naquit Jacques, qui épousa Suzanne Baron : dans le contrat, Blain, père, céda à son fils *tous les droits qui pourraient lui compéter du chef de Catherine, sa mère.* — En 1762, Blain, fils, fit assigner Jean Lambert et Clément, mari de Magdeleine Lambert, fille de Jean, pour venir partager les biens de Jacques Gaillard et de sa femme, dont ils étaient possesseurs, et lui assigner la portion de Catherine : cette demande lui est adjugée par un arrêt rendu par défaut, mais passé en défiuitif : opposition de Magdeleine Lambert, femme Clément, à la procédure de partage, fondée sur ce que les biens lui appartiennent en propre; et pour le prouver, elle produit les trois actes ci-devant énoncés. — Alors Blain la fait assigner au parlement. Il réduit sa demande à une légitime de droit sur les biens de Gaillard, père; mais sur ceux de Dominique Cochet, il demande une portion coheréditaire, attendu, dit-il, la nullité de la Donation de 1729, comme dépourvue des solennités prescrites par le statût delphinal. — Onsontenait, pour Magdelaine Lambert, que Sébastienne, qu'elle représentait, avait réuni sur sa tête tous les biens de sa famille; la Donation de Gaillard père, disait-on, lui en a transmis la moitié; Dominique Cochet, sa mère, devenue maîtresse de l'autre moitié, la lui a transmise en 1729, par une Donation entre-vifs. On attaque cette dernière Donation comme faite postérieurement au contrat de mariage de Sébastienne, et comme dépourvue des formes prescrites par le statut delphinal; mais on n'avait ici nul besoin de les observer. C'est toujours le mariage que la Donation a eu pour objet; l'acte même exprime qu'elle a été faite en accroissement et *en augmentation de la dot de Sébastienne* : on doit feindre qu'elle remonte au temps du contrat; on doit la considérer comme faite dans le contrat même; et l'on sait que les dispositions du statut delphinal ne s'appliquent point aux Donations faites dans les contrats de mariage. — On répondait pour Blain, que, suivant le statut delphinal, la Donation entre-vifs n'est valable qu'autant qu'elle est faite en présence du juge ou du châtelain du domicile du donateur, et de trois de ses plus proches parens, ou, à défaut de ceux-ci, des proches voisins. — Or, ajoutait Blain, on ne trouve rien de semblable dans la Donation de 1729, postérieure d'environ douze ans au mariage de Sébastienne; par conséquent nullité absolue. — Prétendre qu'on doit, par une espèce de fiction, la regarder comme faite en contrat de mariage; s'autoriser de ce qu'on y a exprimé qu'elle a pour motif *une augmentation de dot*, c'est une erreur et une illusion; ce n'est là qu'une couleur recherchée pour en pallier le vice. Pour qu'une Donation puisse être regardée comme faite en faveur du mariage, il faut qu'elle y ait donné lieu; que le donateur ait eu le mariage en vue; que le mariage n'ait pas été consommé avant la Donation; qu'enfin il soit postérieur à l'acte : c'est le langage de Delacroix, dans son commentaire sur le statut; et les auteurs, notamment Fernand, ont toujours pensé qu'on rappelle en vain dans ces actes la faveur d'un mariage antérieur, comme motif de la Donation; ce prétexte, dont on peut abuser, ne valide point un acte où la loi exige des solennités dont elle prescrit l'observation sous peine de nullité. — Sur ces raisons, arrêt du 26 août 1769, qui casse et annulle la Donation.]

[[III. L'art. 24 du tit. 1de la loi du 13 avril 1791, en dispensant les donations des formalités prescrites par les coutumes de nautissement, a déclaré ne pas vouloir préjndicier, *quant à présent, à l'exécution du statut delphinal, ou autres lois semblables, concernant les formalités des Donations entre-vifs, pour lesquelles le juge de paix sera subrogé à l'officier seigncurial.* — Ces mots, *ou autres lois semblables*, se réfèrent visiblement à l'édit rendu en 1472 pour la ci-devant Provence.

Mais *V.* le §. 5 ci-après.

§. IV. *Les dispositions de l'ordonnance de 1731 sur la forme de Donations entre-vifs, ont-elles continué de faire loi sous l'empire du décret du 17 nivose an 2?*

On a plusieurs fois soutenu la négative; mais c'était donner à la loi du 17 nivose an 2, une ex-

Digitized by Google

tention que repoussait son propre texte. *V. mon Recueil de Questions de droit*, tome 8, page 187.

§. V. *Dispositions du Code Napoléon sur la forme des Donations entre-vifs.*

Le Code Napoléon réunit, dans un seul article, le 931e., toutes les dispositions des art. 1 et 2 de l'ordonnance de 1731 : « tous actes portant Donation entre-vifs (y est-il dit), seront passés devant notaire, *dans la forme ordinaire des contrats;* et il en restera minute sous peine de nullité. »

Remarquez ces termes, *dans la forme ordinaire des contrats ;* il en résulte deux conséquences fort importantes :

La première, que toutes les dispositions de la loi du 25 ventose an 11, sur la forme des contrats notariés, sont communes aux Donations entre-vifs ;

La deuxième, que les formes particulières auxquelles des lois locales, et notamment celles de la ci-devant Provence et du ci-devant Dauphiné, assujettissaient les Donations entre-vifs, ne sont plus requises dans ces sortes d'actes. *V.* d'ailleurs la loi du 30 ventose an 12, art. 7.

§. VI. *Une libéralité déguisée sous les apparences d'un contrat onéreux, peut-elle, faute d'être revêtue des formalités des Donations entre-vifs, être annullée sur la réclamation des héritiers du donateur?*

J'ai rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 627, deux arrêts de la cour de cassation, des 13 vendémiaire et 5 pluviose an 11, qui jugent pour la négative. — Et il est à remarquer que lors du premier de ces arrêts, la question n'a éprouvé aucune espèce de difficulté. — Mais elle a été profondément discutée lors du second, qui n'a été rendu qu'après partage et à la majorité d'une seule voix.

Elle s'est reproduite depuis à la section civile, dans l'espèce suivante. — Le 4 messidor an 4, acte notarié par lequel Marie-Catherine Corbirier vend à Joachim Leurquin, moyennant la somme de 7,600 fr. qu'elle reconnaît avoir reçue comptant, deux pièces de terre à labour et une prairie. — Après le décès de Marie-Catherine Corbirier, ses héritiers attaquent cette vente comme contenant une Donation simulée. — Joachim Leurquin nie la simulation, et soutient que quand même elle existerait, elle ne pourrait pas entraîner la nullité de l'acte; qu'en effet, Marie-Catherine Corbirier était capable de donner comme de vendre; qu'il était également (lui Leurquin) capable de recevoir comme d'acheter. — Jugement du 17 nivose an 10, qui déclare que l'acte du 4 messidor an 4 n'est, sous le nom de vente, qu'une Donation déguisée, et, en conséquence, l'annulle. — Appel; par arrêt du 26 thermidor suivant, la cour d'appel de Bruxelles confirme ce jugement. — Leurquin se pourvoit en cassation; la section des requêtes admet sa demande, et le 7 frimaire an 13, arrêt de la section civile, au rapport de M. Babille, par lequel, — « vu la loi 38, C. *de contrahendâ emptione;* et attendu que la simulation n'entraîne pas indistinctement, et dans tous les cas, l'annullation des actes qui en sont viciés; — que cette annullation n'en est la conséquence nécessaire que quand la simulation est employée dans les cas où la prohibition de la loi frappe ou la chose ou la personne, et, par exemple, quand la chose n'est pas disponible, ou quand la personne n'est pas capable de recevoir, parcequ'alors seulement la simulation est considérée comme frauduleuse, et tend effectivement à soustraire la chose ou la personne à la prohibition de la loi; — et que si la loi du 17 nivose an 2 ne permet de disposer, en collatérale, en faveur d'un non successible, que jusqu'à concurrence d'un sixième; ce qui, frappant d'indisponibilité le surplus des biens, peut rendre nécessaire le recours à la simulation, comme le seul moyen d'investir la personne que l'on veut avantager, d'une quotité supérieure à ce sixième; cependant, on ne peut pas dire que, dans l'hypothèse, les biens vendus fussent réellement indisponibles, même jusqu'à concurrence d'un sixième, d'autant mieux qu'il ne s'est élevé, sur ce fait important, aucune discussion entre les parties, ni devant les premiers juges, ni même en la cour, débat qui eût eu lieu, sans doute, si la totalité de ces biens n'eût pas été disponible; — D'où il suit que la venderesse n'avait aucun intérêt de simuler une vente pour masquer une Donation à laquelle la loi ne s'opposait pas, et qu'en déclarant cette vente nulle comme simulée, le jugement attaqué a violé la loi ci-dessus citée; Par ces motifs, la cour casse et annulle..... »

Le lendemain de cet arrêt, la même question s'est présentée à la section des requêtes. Les sieurs Dullac demandaient la cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, qui avait déclaré nuls deux actes de vente faits en l'an 4, parcequ'ils renfermaient une Donation déguisée, quoique le vendeur eût pu donner ostensiblement aux acquéreurs les biens qu'il avait déclaré leur vendre. La section des requêtes ignorait le nouvel arrêt que la section civile venait de rendre; et se trouvant composée en majorité des magistrats qui avaient voté le 5 pluviose an 11, contre l'opinion qui avait prévalu ce jour-là, elle a rejeté, au rapport de M. Pajon, le recours des sieurs Dullac; — « attendu, 1°. que les lois du 17 nivose an 2 et du 4 germinal an 8, en introduisant un droit nouveau relativement à la quotité des biens disponibles, n'ont rien statué à l'égard de la forme des actes par lesquels il serait permis de disposer à titre gratuit; d'où il résulte que les lois antérieures à ce sujet, ont dû continuer de recevoir leur exécution; — Attendu, 2°. que d'après la disposition de ces lois, et notamment de l'ordonnance de 1731, il n'existait que deux manières de disposer à titre gratuit, savoir, par Donation entre-vifs ou par testament, chacune desquelles était assujettie à des formes particulières, dont l'inobservation entraînait la peine de nullité; — D'où il suit que

Digitized by Google

lorsqu'un acte ne contient pas la mention expresse de la part de l'une des parties, de disposer en faveur de l'autre à titre gratuit, et que sans être revêtue des formes particulières à ce genre de disposition, il ne contient que la simple énonciation d'un contrat commutatif à titre onéreux, il ne peut être regardé comme Donation par cela seul qu'il ne peut valoir comme contrat commutatif; — Car autrement, ce serait tromper la sage prévoyance du législateur qui, en exigeant l'énonciation expresse de l'intention de disposer à titre gratuit, et la soumettant à l'accomplissement de certaines formalités, n'a évidemment eu d'autre objet que de garantir les donateurs des surprises qu'on pourrait leur faire, en déguisant, sous l'appareuce d'un contrat à titre onéreux, une véritable libéralité qui n'était point dans leur intention, et de dispenser, par ce moyen, le donataire des obligations resultantes d'une Donation expresse, telles que la necessité de l'insinuation, la révocation pour cause d'ingratitude, de survenance d'enfans et autres cas semblables; — Attendu 3°., qu'en faisant l'application de ces principes à l'espèce de la cause, il s'ensuit que la cour d'appel de Toulouse, convaincue par l'instruction qui a eu lieu au procès, que les actes de vente dont il s'agissait, n'étaient point sérieux, et que le prix n'en avait point été payé, n'a pas dû supposer que l'intention de la venderesse eût été d'en faire Donation aux demandeurs, lorsque cette volonté n'y était point exprimée; et qu'en rejetant leurs conclusions subsidiaires à cet effet, elle n'a violé aucune des lois citées, ni fait aucune fausse application de celles de la matière. »

Il a été rendu deux arrêts semblables, en la même section, le 30 prairial an 13, au rapport de M. Borel; et le 15 messidor suivant, au rapport de M. Rousseau : ces arrêts ont rejeté des demandes en cassation d'arrêts des cours d'appel de Lyon et de Bordeaux, qui avaient jugé dans le sens de celui du 8 frimaire de la même année.

Mais la question s'étaut représentée depuis, la section des requêtes est revenue à la jurisprudence de la section civile. Voici l'espèce.

Le sieur Bruley avait fait, en l'an 4, une vente de tous ses biens au sieur Pelletier. Après sa mort, arrivée postérieurement à la promulgation du Code Napoléon, ses héritiers collatéraux ont attaqué cette vente : ils ont soutenu qu'elle était simulée; qu'elle ne renfermait, sous l'écorce d'un contrat onéreux, qu'une libéralité feinte; que faite sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2, dont l'art. 16 défendait à toute personne qui n'avait point d'enfans, de disposer à titre gratuit de plus de cinq sixièmes de ses biens, elle n'avait eu pour but que d'éluder la disposition de cette loi; et qu'elle devait être annullée pour le tout, ou du moins jusqu'à la concurrence de cinq sixièmes.

L'affaire portée à la cour de Dijon, sur l'appel d'un jugement qui avait declaré la vente simulée et nulle, arrêt qui, — « Attendu qu'il faut distinguer deux sortes de nullités : les nullités absolues qui opèrent dans tous les cas, et font que l'acte qui en est infecté, est considéré comme n'ayant jamais existe; les nullités *relatives*, qui sont subordonnees au droit éventuel de certaines personnes; que celles-ci n'opèrent qu'autant que l'acte blesse le droit acquis à ces personnes; que si elles n'ont eu qu'une espérance que les évèuemens aient rendue vaine, la nullité n'est pas proposable, puisqu'elle ne peut blesser des droits qui n'ont jamais été acquis; que la prohibition faite par la loi du 17 nivose an 2, de diminuer la réserve légale des cinq sixièmes des biens au profit des héritiers, n'opérait qu'une nullité relative de la partie des libéralités qui excéderait la quotité disponible; que c'est ce qui résulte évidemment de l'art. 57 de cette loi, qui s'explique ainsi : *à dater seulement du jour où leur droit est ouvert;* que la loi fait donc dépendre la nullité du cas de l'ouverture du droit des héritiers présomptifs; que c'est donc à cette époque qu'elle fixe l'examen de la validité de l'acte; que conséquemment s'il ne s'ouvre pas de droits à leur profit, ou si l'acte ne blesse point l'etendue de leurs droits, lors du décès, ces héritiers ne sont pas recevables à critiquer l'acte; que les droits que la loi du 17 nivose donnait aux héritiers, consistaient dans l'assurance des cinq sixièmes de la succession de leur parent, sans qu'il dépendît de celui-ci de les frustrer de la partie notable de son patrimoine; que ce droit de prendre, malgré la volonté du défunt, les cinq sixièmes de sa succession, ne s'étant jamais ouvert en faveur des héritiers Bruley, l'action en nullité qui ne leur était accordée qu'à dater seulement du jour où leur droit serait ouvert, n'existe point à leur profit; que ces héritiers ont dit en vain qu'il était de règle qu'un acte doit se juger d'après les lois existantes lors de la passation, et que la capacité de disposer se mesure dans les deux temps de la disposition et du décès du disposant; que cette règle ne concerne que les formes auxquelles l'acte était assujetti lors de sa confection; qu'ici, il n'est point question des formes de l'acte; que s'il s'agissait de la capacité absolue d'une personne, l'acte serait radicalement nul, pour avoir été fait dans un temps où elle était absolument incapable de *disposer*, comme pendant une interdiction subsistante; mais qu'il en est autrement de la *disponibilité* bornée à telle quotité de biens; qu'à cet égard on ne consulte que le temps du décès; que c'est même une chose forcée, puisque le rapport de l'objet donné ou légué avec la succession, n'est point fixe; qu'il est soumis, pendant toute la vie du disposant, à l'accroissement ou à la diminution de sa fortune; qu'il n'y a rien de fixe et d'assuré sur ce point, qu'au moment de son décès; que de là est tirée la règle générale que, quand il s'agit de déterminer l'étendue de la disponibilité, on se refère au temps du décès du disposant; que cela posé, et puisqu'à cette époque les héritiers Bruley n'avaient à la succession aucun droit légal et indépendant de sa volonté, il est clair qu'ils n'ont point qualité pour critiquer un acte régulier dans sa forme, et qu'ils n'auraient pu attaquer

Digitized by Google

qu'à la faveur d'un droit qu'ils n'ont point et qui jamais ne s'est ouvert à leur profit »; — Infirme le jugement dont est appel, et déclare les héritiers Bruley non recevables dans leur demande.

Les héritiers Bruley se pourvoient en cassation, et soutiennent qu'ayant droit de succéder au défunt, ils ont par-là même intérêt et qualité pour attaquer un acte qui tend à anéantir ce droit; que pour exercer une action de cette nature, il n'est pas nécessaire d'avoir une réserve légale; que cela n'est indispensable que lorsqu'on agit en réduction sur les Donations entre-vifs, ou même sur les dispositions à cause de mort: mais que dans le cas particulier, ce n'est point une action de cette espèce que l'on exerce; que ce n'est point un retranchement sur la chose donnée; que c'est un acte frauduleux et simulé, dont on demande la nullité; que ceux qui *souffrent* de cette simulation, sont donc recevables à l'établir. — Ils ajoutent que la loi du 17 nivose an 2, sous laquelle les parties vivaient, leur défendait de disposer au-delà du sixième; qu'ainsi il n'est pas douteux qu'à l'instant où l'acte a été passé, les parties frandaient la loi, et agissaient de concert pour frustrer les héritiers légitimes de la portion que la loi leur assurait; qu'il n'est pas douteux dès-lors que cet acte ne fût vicieux dès sa naissance; et que bien que le sieur Bruley fût décédé sous le Code Napoléon, l'acte restait infecté du vice dont il était entaché. — Il arrive (continuaient les héritiers) sous la nouvelle législation, avec la nullité dont il était frappé: le Code Napoléon ne lui enlève point cette nullité; seulement il ne la prononce point pour des actes semblables, mais il laisse toutes celles qui préexistaient avant lui. — Ainsi, l'acte blessait ouvertement la loi dans son principe; il ne pouvait avoir lieu dans la forme des Donations, on en a pris une autre; et comme on n'a rien changé depuis à l'acte en lui-même; comme il reste toujours, sous la couleur de vente, une Donation que l'on ne pouvait passer, il est évidemment nul. — D'ailleurs, de deux choses l'une: ou l'on considère l'acte comme une vente; et alors il ne peut recevoir d'exécution à cet titre, parcequ'il manque de tous les caractères qui constituent ce contrat; il n'y a point de *prix payé*, point de *consentement* pour un titre *onéreux*, puisqu'il n'est intervenu que pour un acte *gratuit*; il n'est donc pas une vente, il ne peut par conséquent valoir comme telle. — Ou l'on voudra le présenter comme une Donation: et alors dénué de toutes les formalités qui doivent nécessairement environner cet acte et sans lesquelles il ne peut exister, il est encore atteint d'une nullité radicale.

« Par arrêt du 15 brumaire an 14, au rapport de M. Delacoste, — « Attendu qu'il est reconnu par les demandeurs, qu'à l'époque du décès de Jacques Bruley, leur oncle, la promulgation du tit. 1er. du liv. 3 du Code civil, intitulé *des Successions*, était faite d'après le mode prescrit par son art. 1er., dans le lieu où s'est ouverte sa succession; — Que l'effet de cette promulgation a été de révoquer les dispositions des lois antérieures, et notamment de l'art. 16 de la loi du 17 nivose de l'an 2, sur la faculté de disposer de ses biens en collatéral; — Que l'arrêt attaqué, en infirmant le jugement du 22 germinal an 12, qui avait déclaré la vente consentie par ledit Jacques Bruley en faveur de Jean Pelletier, mari de sa sœur, fictive et simulée, et, à ces titres, nulle; et en décidant que les héritiers du vendeur étaient non-recevables à attaquer par voie de nullité, les actes que leur auteur non interdit avait souscrits pour disposer de ses biens, vu qu'ils ne pouvaient être investis de ce droit qu'au moment de son décès, si ce droit existait à cette époque, et que les demandeurs n'ont pas pu trouver ce droit dans sa succession d'après le changement de législation, n'a pu violer, et n'a pas violé l'article énoncé de la loi du 17 nivose an 2, qui avait été abrogé pendant la vie du vendeur; — Attendu qu'en tirant de cette fin de non-recevoir, contre l'action des héritiers, la conséquence qu'il était inutile de s'occuper de la question de savoir s'il fallait annuller la vente, vu que lesdits héritiers, d'après les motifs rapportés, n'avaient ni droit, ni qualité pour attaquer cet acte, les juges d'appel n'ont contrevenu ni à l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, ni aux dispositions du Code civil, dans ses art. 750 et 893, puisque leur décision ne prononce que sur le défaut de droit et de qualité, et non sur la validité de l'acte; — La cour rejette.... »

Ajoutons avec M. Grenier, *Traité des Donations*, tome 1, page 392, « que c'est dans ces idées qu'a été conçu l'art. 911 du Code Napoléon. Ces articles, en disant que toute disposition au profit d'un incapable, sera nulle, *soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux*, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, laisse supposer que hors les cas de simulation ou de fraude pratiquée pour éluder la loi, on ne peut attaquer des actes revêtus de formes légales, sous le prétexte qu'ils renferment des libéralités déguisées. »

§. VII. *L'art. 1 de l'ordonnance de 1731 et l'art. 948 du Code Napoléon abrogent-ils ce qu'on appelle en certains pays*, les Donations de main chaude, *c'est-à-dire, les Donations de meubles ou d'effets mobiliers qui se font de la main à la main et sans acte?*

J'ai établi la négative dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 636. Mais ce que j'y ai dit ne se rapporte qu'à l'ordonnance de 1731; et c'est une question si l'on ne doit pas en décider autrement pour les Donations postérieures au Code Napoléon.

Ce qui pourrait le faire penser ainsi, c'est que l'art. 948 du Code Napoléon veut que « tout acte de Donation d'effets mobiliers ne soit valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la Donation. » — On voit en effet que cet article diffère de l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, dans un point essentiel.

Digitized by Google

L'art. 15 de l'ordonnance de 1731 ne prescrivait la formalité de l'état des effets mobiliers, que dans le cas où la Donation n'en contiendrait pas la tradition réelle; au lieu que l'art. 948 du Code la prescrit dans tous les cas. Et de là semble dériver la conséquence qu'il ne peut pas y avoir de Donation d'effets mobiliers, sans acte passé devant notaires et accepté en termes exprès; puisque ce n'est qu'à un acte revêtu de ces formes, que peut être annexé l'état estimatif dont l'omission emporte nullité.

Mais ce qui doit nous déterminer pour l'opinion contraire, c'est que l'art. 948 du Code Napoléon n'est, comme l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, relatif qu'aux *actes de Donations d'effets mobiliers;* et que par conséquent on ne peut pas en faire l'application aux Donations d'effets mobiliers qui se font sans acte. — On voit même, en consultant le procès-verbal de la discussion du Code Napoléon au conseil d'état, que c'est dans cet esprit que l'art. 948 a été rédigé. — Cet article avait d'abord été proposé en ces termes : « *Toute Donation* d'effets mobiliers, *s'il n'y a point tradition réelle*, sera nulle, s'il n'a été annexé à la minute de la Donation un état estimatif, etc. » — Mais cette rédaction a été rejetée, et l'on y a substitué celle que présente l'art. 948, et cela sur l'observation faite par M. Tronchet « *que toutes les fois que la Donation est faite par un acte*, elle doit être accompagnée d'un titre, même quand il y a tradition réelle, parceque sans cette précaution, on ne parviendrait point à fixer la légitime des enfans. »

§. VIII. *Les Donations faites aux époux ou à l'un d'eux par leur contrat de mariage, étaient-elles soumises aux formes prescrites par les art. 1 et 2 de l'ordonnance de 1731? — Le sont-elles aux formes prescrites par l'art. 983 du Code Napoléon?*

Sur la première question, l'affirmative n'est pas douteuse pour les Donations entre-vifs. *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 18 fructidor an 13, rapportés à l'article *démission de biens*, n. 5. — Mais pour les Donations à cause de mort, il en était tout autrement. *V.* le même plaidoyer et celui du 3 floréal an 13, rapporté à l'article *Conventions matrimoniales*, §. 1.

La deuxième question doit de même être décidée affirmativement pour les Donations entre-vifs. *V.* le Code Napoléon, art. 1081. — A l'égard des Donations à cause de mort, elles doivent également être passées devant notaires : c'est ce qui résulte de l'art. 1394 du Code Napoléon. Mais elles ne seraient pas nulles, s'il n'en restait pas minute; car, d'un côté, l'art. 983 n'assujettit à cette formalité que les Donations entre-vifs; et de l'autre, cette formalité n'est point prescrite par l'art. 1394.

§. IX. *Dans quels cas et par quels moyens le vice de forme d'une Donation entre-vifs, est-il censé couvert?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 8 messidor an 13, rapportés à l'article *acte sous seing-privé*, §. 2.]]

SECTION. III. *Des personnes entre lesquelles les Donations entre-vifs peuvent avoir lieu, et des choses qui peuvent être données.*

§. I. *Des personnes qui peuvent donner.*

I. En général, il est permis à toute personne majeure et saine d'entendement, de donner entre-vifs, à moins qu'il n'y ait en elle quelqu'incapacité particulière. — [[Code Napoléon, art. 901.]]

II. Les causes qui empêchent de donner, sont lorsque le donateur ne jouit pas de ses droits; par exemple, si c'est un fils de famille, un muet et sourd de naissance, un interdit.

[[Ceci exige quelques explications.

Sur l'incapacité de donner entre-vifs qui résulte de la qualité du fils de famille. *V. Puissance paternelle*, §. 4 et 5; et observez qu'aujourd'hui cette qualité cesse de plein droit à l'âge de vingt-un ans. *V. Émancipation.*

Le sourd et muet de naissance n'est plus incapable de donner entre-vifs. *V. Sourd et Muet.*

A l'égard de l'interdit, *V. Interdiction.*]]

III. Ceux qui sont condamnés à la mort naturelle ou à toute autre peine qui emporte la mort civile, ne peuvent donner. *V. Mort civile.*

Quant à celui qui est accusé d'un crime capital, la Donation est nulle, [[à l'égard du fisc]], si par l'événement il vient à être condamné. *V. Accusé* et *Annotation.*

Mais s'il décède pendant l'appel, la Donation vaut au préjudice du fisc. [[*V. Condamné.*]]

Lorsque les condamnés par contumace meurent dans les cinq ans, les Donations qu'ils ont faites, subsistent.

[[Mais s'ils meurent après les cinq ans, que deviennent les Donations qu'ils ont faites pendant les cinq années? *V. Contumace* et *Mort civile.*

Les étrangers peuvent-ils donner les biens qu'ils ont en France? *V. Gains nuptiaux*, §. 11.]]

IV. Un mineur en général ne peut donner; mais celui qui se marie ou qui est émancipé par justice, peut, dans la coutume de Paris, disposer de ses meubles à vingt ans accomplis.

[[Aujourd'hui, le mineur ne peut pas, par une Donation entre-vifs ordinaire, disposer de ses meubles ni de ses immeubles. *V.* le Code Napoléon, art. 907. Mais le peut-il par contrat de mariage? *V. Mineur.*]]

V. Il y a des coutumes qui exigent que les donateurs survivent pendant un certain temps aux Donations qu'ils ont faites : il faut, par exemple, qu'ils aient survécu quarante jours dans les coutumes de Poitou, de Normandie, de Bar, de Sens, d'Auxerre et de Lorris; autrement leurs Donations seraient sans effet.

[Celles de Bruges et du Franc de Bruges, dans la Flandre Flamande, annullent également celles auxquelles les donateurs n'ont pas survécu vingt jours.]

[[Mais toutes ces dispositions, qui avaient leur source dans la différence que les coutumes citées

Digitized by Google

mettaient, quant à la disponibilité des biens, entre les Donations entre-vifs et les Donations à cause de mort, ont été implicitement abrogées par la loi du 17 nivose an 2; et le Code Napoléon en a consacré l'abrogation.

Il est vrai que dans le projet du Code Napoléon, on trouvait un article qui portait : « La Donation entre-vifs qui sera faite dans les six jours qui précéderont celui de la mort, ne vaudra que comme disposition testamentaire, soit qu'elle ait été acceptée ou non avant le décès. »

Mais cet article a été supprimé, sur les observations suivantes du tribunat : — « Toute Donation qui n'a pas été acceptée du vivant du donateur, n'est point une Donation, et on vient de dire qu'elle ne peut devenir un testament. — Mais étant acceptée, elle doit avoir son effet, quel que soit le temps que le donateur survive à la Donation. — Si la jurisprudence ancienne était contraire dans certains pays, c'est parceque la quotité disponible par testament, était bien inférieure à celle qui l'était par Donation. Et si le donateur eût fait une Donation étant malade, l'ordre successif établi par la loi, eût été troublé; la Donation n'eût été qu'un testament déguisé, en vertu duquel le testateur aurait excédé le pouvoir que la loi lui déférait. » *V.* ci-devant, sect. 1, §. 2; et *Survie*.

§. II. *Des personnes à qui l'on peut, et de celles à qui l'on ne peut pas donner entre-vifs.*

I. « Toutes personnes peuvent..... recevoir par Donation entre-vifs..., excepté celles que la loi en déclare incapables. » (*Code Napoléon*, art. 902.)

Il y a deux sortes d'incapacités de recevoir : les unes peuvent être levées par l'autorisation du gouvernement; les autres ont leur effet indépendamment de toute autorisation qui aurait pour but de les faire cesser.

Les incapables de recevoir sans l'autorisation du gouvernement, sont le clergé, les communes, les hospices, les fabriques et les autres établissemens publics. Leur incapacité est établie par l'art. 73 de la loi du 18 germinal an 10, et par l'art. 910 du Code Napoléon.

Par arrêt du 9 fructidor an 10, le préfet du département de l'Hérault avait, provisoirement et en attendant la décision du gouvernement, autorisé la commission administrative de l'hospice d'Agde à prendre possession d'une vigne et d'une maison qui lui avaient été léguées en 1777, et à en percevoir les fruits comme dépositaire de justice. Mais cet arrêté a été cassé par le gouvernement le 29 vendémiaire an 11, attendu « que le préfet, qui n'exerce qu'une autorité administrative, ne peut envoyer en possession provisoire d'un bien quelconque, quoique donné à un hospice, au préjudice des héritiers saisis de la succession par le décès du donateur, et qui ont droit de jouir jusqu'à la demande en délivrance du legs. »

Remarquez cependant que, par l'art. 4 de l'arrêté du gouvernement du 4 pluviose an 12, les recevears des pauvres et des hospices sont autorisés, lorsqu'il s'agit de Donations à cause de mort, à faire, sur la remise des testamens et en attendant l'acceptation, « tous les actes conservatoires qui sont jugés nécessaires. »

Remarquez encore que par l'art. 1 du même arrêté, « les commissions administratives des hôpitaux, et les administrateurs des bureaux de bienfaisance, sont autorisés à accepter et employer à leurs besoins, comme recettes ordinaires, sur la simple autorisation des sous-préfets, et sans qu'il soit besoin désormais d'un arrêté spécial du Gouvernement, les dons et legs qui leur seront faits par actes entre-vifs ou de dernière volonté, soit en argent, soit en meubles, soit en denrées, lorsque leur valeur n'excèdera pas trois cents francs en capital. »

Le décret impérial du 12 août 1807 déclare, art. 1, ces dispositions « communes aux fabriques, aux établissemens d'instruction publique et aux communes.

« En conséquence (ajoute-t-il, art. 2), les administrateurs des établissemens d'instruction publique et les maires des communes, tant pour les communes que pour les fabriques, sont autorisés à accepter lesdits legs et dons, sur la simple autorisation des sous-préfets, sans préjudice de l'approbation préalable de l'évêque diocésain, dans le cas où ils seraient faits à la charge de services religieux. »

II. Les incapacités de recevoir qui ont leur effet, indépendamment de toute autorisation que l'on pourrait solliciter pour les faire cesser, sont énumérées aux mots *Avantages prohibés*, *Gains nuptiaux*, §. 2; *et Institution d'héritier*, sect. 5.

III. Il en est une autre qui dérive de l'inexistence du donataire au moment de la Donation. En déclarant que, « pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la Donation », l'art. 906 du Code Napoléon fait suffisamment entendre que celui qui n'est pas encore conçu au moment de la Donation, ne peut pas être l'objet d'une libéralité entre-vifs.

De là, la nullité de la Donation entre-vifs qui serait faite aux enfans à naître de telle personne.

Dans l'ancien droit, cette règle admettait une exception en faveur des Donations entre-vifs par contrat de mariage; mais cette exception est abrogée par le Code Napoléon: seulement l'art. 1081 de ce Code autorise les Donations entre-vifs aux enfans à naître des futurs époux, dans les cas dont il sera parlé au mot *Substitution fideicommissaire*.

Quant aux Donations à cause de mort qui sont faites par contrat de mariage aux enfans à naître, *V. Institution contractuelle*.

IV. La loi du 17 nivose an 2, adoptant les dispositions de certaines coutumes que l'on appelait *coutumes d'égalité parfaite*, avait prohibé, art. 16, toute Donation entre-vifs ou à cause de mort, en faveur de l'un des successibles du donateur.

Mais cette prohibition a été levée par la loi du 4

Digitized by Google

germinal an 8, et on ne la retrouve plus dans le Code Napoléon. *V.* ci-après, sect. 9, §. 2.

§. III. *A quelle époque doit-on avoir égard, pour décider si le donateur était capable de donner, et le donataire capable de recevoir?*

V. le plaidoyer du 3 floréal an 13, rapporté à l'article *Conventions matrimoniales*, §. 1.

§. IV. *Quelles sont les choses que l'on peut donner entre-vifs?*

I. Dans le droit romain, on pouvait donner entre-vifs les biens à venir et les biens présens. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 604.

Ricard a très bien prouvé que cette faculté ne pouvait plus avoir lieu dans les coutumes qui, par la manière dont elles entendaient la règle, *donner et retenir ne vaut*, exigeaient, pour la validité de la Donation entre-vifs, qu'elle fût accompagnée de la tradition des choses données; et le parlement de Paris a consacré son opinion par un arrêt en forme de réglement, du 13 février 1713.

L'art. 15 de l'ordonnance de 1731 a adopté ce règlement et l'a déclaré commun à toute la France: « Aucune Donation entre-vifs (ce sont ses termes) ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le temps de la Donation..... défendons de faire aucunes Donations des biens présens et à venir, si ce n'est dans le cas ci-après marqué, à peine de nullité desdites Donations même pour les biens présens, et ce encore que le donataire eût été mis en possession, du vivant du donateur, desdits biens présens en tout ou en partie. »

Le parlement de Toulouse avait une jurisprudence absolument contraire à ces dispositions. A la vérité, il proscrivait les Donations universelles de tous les biens présens et à venir, sans réserve, parce qu'elles lui paraissaient contenir une renonciation à la faculté de tester. Mais il autorisait ces Donations, lorsqu'en les faisant, les donateurs s'étaient réservé quelque portion de biens pour en disposer. — Aussi s'éleva-t-il fortement dans ses remontrances sur l'ordonnance de 1731, contre l'art. 15 de cette loi:

« Nous n'avons pas été moins surpris (dit-il), à la vue de l'art. 15, qui défend de faire dorénavant aucune Donation des biens présens et à venir, si autorisées par les lois romaines et par toutes les ordonnances, que nous osons assurer que c'est la première atteinte qu'elles ont reçue. »

Mais ces remontrances ne furent point écoutées. « Il n'y a point de compagnie (répondit M. d'Aguesseau au premier président du parlement de Toulouse), qui ait dû être moins surprise que la vôtre, de la disposition de l'art. 15, puisque aucune ne s'est élevée plus fortement dans son avis contre les Donations universelles, c'est-à-dire, de tous les biens présens et à venir, et cela même par rapport aux biens présens. — Il est vrai qu'en établissant, avec beaucoup de raison, que ces sortes de Donations sont nulles, le parlement de Toulouse avait proposé deux exceptions, la première, en faveur des contrats de mariage, exception que le roi a approuvée dans son ordonnance; la seconde, à l'égard des Donations dans lesquelles le donateur se serait réservé quelque portion de ses biens ou droits, pour n'être pas privé de la faculté de tester; mais ce dernier point ayant été discuté, peut-être plus exactement qu'aucun autre, on a considéré que cette réserve se réduisant à presque rien dans l'usage, et ne faisant point cesser réellement le véritable inconvénient des Donations de tous les biens présens et à venir, elle ne devait être regardée que comme une vaine formalité qui tombait sur les mots plutôt que sur les choses; que, d'ailleurs, l'usage de ces sortes de réserves n'ayant point été établi par le droit romain, il fallait ou s'arrêter au principe de la dernière jurisprudence romaine qui admettait les Donations universelles sans aucune restriction, ou revenir aux principes beaucoup plus exacts de l'ancien droit qui réprouvait ces sortes de donations; et l'on s'est porté d'autant plus volontiers à prendre ce parti, que les plus graves jurisconsultes n'ont pas loué le changement que l'empereur Justinien avait introduit en cette matière, regardant même les Donations de tous les biens présens et à venir, comme une espèce d'acte de folie; et c'est sans doute ce qui avait fait introduire dans vos mœurs le tempérament de la réserve stipulée dans la Donation; tempérament qui, comme je viens de le dire, était contraire au dernier droit romain, et qui, dans le fait, ne produisait aucune utilité. »

Un point sur lequel, avant l'ordonnance de 1731, les opinions se trouvaient encore très partagées, était la divisibilité ou l'indivisibilité de ces sortes de Donations.

Le parlement de Toulouse admettait la division; et en les déclarant nulles, quant aux biens à venir, lorsqu'elles étaient *universelles et sans réserve*, il les confirmait pour les biens présens.

Le parlement de Paris avait adopté la même jurisprudence pour les pays de droit écrit de son ressort; témoin un arrêt du 13 août 1702, lors duquel M. l'avocat-général de Lamoignon, qui porta la parole, dit que ce point de jurisprudence était incontestable, et qu'il avait été établi par trois arrêts antérieurs; le premier, de 1702; le second, de 1716; et le troisième, de 1718.

Mais pour les pays coutumiers, le même parlement jugeait le contraire, comme le prouve entre autres son arrêt déjà cité de 1713.

Et c'est à cette jurisprudence que le législateur s'est attaché dans l'ordonnance de 1731. Il a prononcé, par l'art. 15 de cette loi, la nullité absolue de ces Donations, même *pour les biens présents*, et malgré le concours des circonstances les plus propres à soutenir la disposition, quant à ces biens, telles que la tradition actuelle et l'entrée en jouissance du vivant du donateur. Le parlement de Toulouse fit encore des remontrances sur cette innova-

Digitized by Google

tion ; mais quelle fut la réponse du chancelier d'Aguesseau ? « Si le roi n'a pas jugé à propos de permettre de diviser les biens présens des biens à venir, c'est parcequ'il a paru contraire aux véritables principes de diviser un acte qui a été originairement un dans l'esprit des contractans, ce qui a paru d'autant plus injuste, que les choses n'étant plus entières lorsqu'on ferait cette distinction, il serait impossible de savoir si elle était conforme à l'intention du donateur. Admettre en ce cas des conjectures de volonté, comme on le fait dans la matière des testamens, cela aurait été ouvrir la porte à un grand nombre de procès que le premier objet de la loi est de prévenir. C'était, d'ailleurs, le sentiment de votre compagnie, dont l'avis porte qu'il ne faut pas être surpris si les Donations dont il s'agit sont nulles, même pour les biens présens, les vices des contrats dans lesquels on blesse l'esprit et l'intention de la loi, les rendant entièrement nuls. »

Le Code Napoléon en dispose autrement : « La Donation entre-vifs (porte-t-il), ne pourra comprendre que les biens présens du donateur; si elle comprend des biens à venir, *elle sera nulle à cet égard.* »

II. Que devrait-on penser d'une Donation faite avant la promulgation de cet article, par laquelle, en donnant ses biens présens et à venir, le donateur eût déclaré expressément que dans le cas où sa disposition serait contestée sous ce prétexte, il voulait qu'elle eût du moins son effet pour les biens présens? Cette clause sauverait-elle la Donation quant aux biens qui existaient au moment de la confection de l'acte? Ricard, part. 1, n. 102, soutenait l'affirmative; et depuis l'ordonnance de 1731, une commission de célèbres magistrats, nommée par le conseil pour juger au souverain une contestation dont Furgole, sur l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, rapporte l'espèce et les circonstances, crut, par un reste d'attachement aux anciens principes, pouvoir adopter cette limitation. Ces magistrats pensèrent que la Donation de biens présens et à venir, faite au sieur Dejosses par la dame de Leyrac, le 26 mai 1735, pouvait être divisée, parcequ'elle contenait la clause dont il s'agit. Mais Furgole, en rapportant le jugement souverain qui est du 7 juin 1743, observe qu'il ne faut pas faire fond sur ce préjugé, parcequ'il a été cassé par arrêt du conseil, du mois de février 1745.

III. L'art. 15 de l'ordonnance de 1731 et l'art. 943 du Code Napoléon empêchent-ils que le donateur, en se réservant l'usufruit du bien qu'il donne, puisse conférer au donataire le fermage de l'année dans laquelle il viendra à décéder, et non encore échu au moment de son décès?

Il y a dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 3, pag. 620, un arrêt de la cour de cassation, du 14 floreal an 11, qui juge pour la négative.

La même chose avait été jugée précédemment dans l'espèce suivante. — Le 14 mai 1788, Marie Boursaut, veuve de Jean Mihade, donne à Guillaume Mihade, son fils aîné, tous ses biens immeubles dont elle se réserve l'usufruit, avec clause expresse que la récolte qui se trouvera pendante à l'époque de son décès, fera partie de la Donation. — Elle meurt le 9 octobre 1792; et après la publication de la loi du 17 nivose an 2, des arbitres sont nommés pour régler le partage de ses biens entre les 3 enfans qu'elle a laissés. — Le fils aîné prétend retenir tous les immeubles dont la Donation lui a été faite le 14 mai 1788; mais ses cohéritiers soutiennent que cette Donation est nulle, parcequ'elle comprend les biens à venir; et les arbitres le décident ainsi, par jugement du 29 prairial an 2. — Le fils aîné se pourvoit en cassation, et par arrêt du 25 pluviose an 3, — « Le tribunal, considérant que la Donation faite en faveur de Guillaume Mihade n'a été déclarée nulle, par la décision arbitrale du 29 prairial, que sur le fondement que l'ordonnance des Donations déclarant nulles les Donations des biens présens et à venir, la clause de la Donation dont il s'agit, par laquelle la Donatrice veut que la récolte des biens dont elle s'est réservée l'usufruit, qui se trouvera existante à son décès, appartienne à son donataire; mais qu'évidemment ce n'est pas là une Donation de biens à venir, puisque cette clause n'a d'autre effet que d'opérer la consolidation de l'usufruit à la propriété; que la Donation est parfaite, indépendamment de ladite clause, qui est, en quelque sorte, hors de la Donation; — Casse la décision arbitrale du 29 prairial, comme renfermant une fausse application des dispositions portées en l'art. 15 de l'ordonnance des Donations de 1731. »

IV. La disposition de l'art. 15 de l'ordonnance de 1731 et de l'art. 943 du Code Napoléon, peut-elle servir de prétexte pour annuller la Donation d'une rente à prendre sur les biens du donateur, pour commencer à en jouir après son décès? Non, parceque cette Donation a, dès l'instant même où elle est passée, un objet certain et déterminé, et que la garantie en est dès-lors fixée sur les biens qui composent actuellement le patrimoine du donateur. Aussi trouve-t-on, dans le Recueil de Denisart, deux arrêts des 8 février 1736 et 7 mai 1770, qui ont déclaré valables de pareilles Donations. Il en avait été rendu un semblable le 9 mai 1592 : il est rapporté par Bacquet, en son *Traité de droit d'aubaine*, chap. 20, n. 5.

V. Mais que doit-on penser de la Donation d'une somme fixe à prendre sur les biens meubles et immeubles que le donateur laissera à son décès? « Cette question (dit M. Bergier, sur Ricard) s'est présentée plusieurs fois : elle ne pouvait guères faire la matière d'un problème sérieux. L'ame de la Donation entre-vifs, ce qui la constitue telle, c'est l'expropriation absolue et irrevocable du donateur. Il est vrai qu'on peut donner entre-vifs, et renvoyer cependant après sa mort l'exécution de la Donation; mais, disait Cochin (tome 4, page 395) dans une cause où s'agitait cette question, *mais il faut en ce cas que le droit du donataire soit irrévocablement formé sur tous les biens que le donateur possède pendant sa vie; et que le donataire ne soit pas réduit à se*

Digitized by Google

venger sur les biens qui se trouveront au jour du décès du donateur. Ces deux espèces, qui paraissent d'abord avoir quelque connexité, sont cependant essentiellement différentes : je donne 15,000 liv. sur tous mes biens, dont mon donataire ne pourra se faire payer qu'après ma mort; cette Donation est bonne, parceque tous les biens du donateur en sont chargés, soit qu'il les ait encore au jour de son décès, soit qu'il en ait disposé pendant sa vie. Toutes les dispositions entre-vifs qu'il aura pu faire depuis la Donation, ne pourront nuire au donataire; ce droit est irrévocablement formé, quoique le paiement soit suspendu. Mais je donne 15,000 liv. à prendre sur les biens que j'aurai au jour de mon décès; cette Donation est nulle, parceque le droit du donataire étant limité aux biens que le donateur laissera au jour de sa mort, le donateur est maître de disposer pendant sa vie, et qu'il est aussi libre de vendre, engager, hypothéquer pendant sa vie, tout ainsi que s'il n'avait pas précédemment donné. — Ce célèbre jurisconsulte parle de deux arrêts, l'un du 12 février 1734, l'autre du 9 avril 1735, qui, d'après ces principes, avaient déclaré nulles de semblables Donations, à prendre sur les biens que les donateurs laisseraient à leur décès; et il obtint le même succès, par arrêt du 21 mai 1737. Cet arrêt déclara nulle la Donation faite par la dame Morand en faveur de son fils aîné, de la somme de 15,000 liv., à prendre après le décès de la donatrice, sur les premiers deniers qui proviendraient de sa succession, meubles et immeubles. — Il est remarquable que les trois Donations, annullées par ces arrêts, étaient accompagnées de la clause expresse de *l'affectation et hypothèque* de tous biens *présens et à venir* des donateurs, et même de la *réserve d'usufruit*. Mais ces circonstances ne parurent pas suffisantes pour effacer le vice radical d'une Donation à prendre sur les biens de la succession du donateur. Les donataires dirent inutilement que cette hypothèque leur donnait un droit *actuel*, et les mettait en état d'attaquer les tiers-détenteurs : on leur répondit qu'ils s'abusaient; que l'application de leur action étant limitée par leurs propres titres sur les *biens de la succession*, ils ne pouvaient pas s'en écarter. »

« La loi de la Donation est claire, disait encore Cochin : la dame Morand donne 15,000 liv., à prendre sur les biens de sa succession; elle ne veut donc pas qu'on puisse se venger sur les biens dont elle aura disposé entre-vifs : l'hypothèque, qui ne sert qu'à faire valoir la Donation telle qu'elle est, ne peut pas la changer; et, comme on ne peut trop le répéter, c'est précisément ce qui a été jugé dans l'affaire de la dame de Bretoncelle, dont la Donation a été déclarée nulle par l'arrêt du 12 février 1734, quoique le sieur Demareuil, qui avait donné 100,000 liv., à prendre en immeubles qui se trouveraient au jour de son décès, eût expressément affecté et hypothéqué tous ses biens, à l'exécution de la donation. »]]

VI. On n'est pas aussi rigoureux à l'égard des Donations faites par contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans, même par des collatéraux ou par des étrangers. Ces Donations peuvent comprendre les biens à venir comme les biens présens. Dans ce cas, le donataire a le choix de prendre les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur, en payant les dettes et les charges, même celles qui sont postérieures à la Donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle a été faite, auquel cas il ne doit être tenu que des charges dont ces biens étaient alors affectés. C'est ce qui résulte de l'art. 17 de l'ordonnance de 1731 [[et de l'art. 1082 du Code Napoléon.]]

Cette jurisprudence est fondée sur deux raisons principales : l'une que les contrats de mariage étant de droit public et les actes les plus importans de la société, on ne peut trop les favoriser, ni donner trop de facilités aux parens pour les engager à établir leurs enfans : l'autre raison consiste en ce qu'il est naturel que quand les parens marient leurs enfans, ils pensent à leur postérité et fassent en conséquence des arrangemens pour leur succession. Ainsi, les contrats de mariage participent en même temps de la nature des actes entre-vifs, et de celle des dispositions testamentaires. Et quoiqu'ils soient revêtus de la forme des actes entre-vifs, ils contiennent néanmoins des dispositions qui ne s'exécutent qu'après la mort des conjoints, et très souvent des dispositions qui ne doivent être accomplies qu'après la mort de leurs parens. D'ailleurs, quoique les dispositions, soit entre-vifs ou à cause de mort, que les contrats de mariage contiennent, soient des actes de libéralité, elles sont aussi en un sens de véritables conventions : la raison en est qu'un contrat de mariage est un vrai traité entre les deux familles qui s'allient. C'est pourquoi, réunissant les prérogatives des actes entre-vifs, celles des dispositions à cause de mort et celles des conventions, il n'est pas surprenant que la nature d'un pareil acte l'ait fait affranchir de plusieurs des règles qui n'ont lieu que pour les Donations entre-vifs seulement, ou pour les seules dispositions à cause de mort, ou pour les conventions ordinaires.

[[Il ne peut donc pas y avoir de doute sur la validité d'une Donation faite par contrat de mariage, d'une somme à prendre sur les plus apparens biens que le donateur laissera à son décès.

Mais quoique valables dans leur principe, ces sortes de Donations, lorsqu'elles sont faites avec assignat limitatif, deviennent caduques, si au moment de la mort du donateur, il ne se trouve pas de biens sur lesquels on puisse prendre les sommes données.

La demoiselle de M.... par son contrat de mariage avec le duc d'O...., indépendamment d'une Donation mutuelle en usufruit de tout son mobilier, avait fait à son futur époux, une Donation d'une somme de 200,000 liv., à prendre sur les immeubles qui se trouveraient lui appartenir le jour qu'elle viendrait à décéder. — Le duc d'O...., ayant été

Digitized by Google

interdit, la duchesse d'O.... se fit autoriser par justice pour la vente de la terre de Marteville, dernier immeuble qui lui était resté. Cette terre fut vendue 673,000 liv. La duchesse d'O.... est décédée après avoir touché 200,000 liv. sur le prix. — Après sa mort, les créanciers du duc d'O.... formerent contre le curateur à la succession de la duchesse d'O.... une demande à fin de paiement d'une somme de 200,000 livres, montant de la Donation portée au contrat de mariage au profit du duc d'O.... — Les héritiers de la duchesse d'O.... soutinrent que la Donation des 200,000 liv. devant se prendre, aux termes du contrat de mariage, sur les immeubles existans au jour du décès de la donatrice, la Donation était devenue caduque par le défaut d'immeubles dans la succession de la duchesse.— Les créanciers du duc d'O.... soutinrent que la Donation, quoique faite avec assignat, n'en devait pas moins avoir son exécution; que l'assignat indiqué par le contrat de mariage, pour le paiement de la Donation, n'était pas limitatif, mais démonstratif; que l'intention des parties, en faisant mention des immeubles dans la clause, n'avait été que d'indiquer une chose sur laquelle le paiement pût être fait, et non de faire dépendre la validité de la Donation, de l'existence des immeubles au jour du décès; que d'ailleurs les époux s'étant fait des Donations mutuelles, il n'avait pu dépendre d'une des parties d'annuller la Donation par la vente des immeubles. — Les héritiers de la duchesse d'O.... ont soutenu que l'assignat était limitatif tontes les fois que les choses sur lesquelles la Donation était assignée n'existaient pas au temps de la Donation; que l'assignat n'était démonstratif que lorsque les choses assignées pour paiement *etaient*, au moment de la Donation, dans la possession de celui qui avait donné; que dans le cas particulier, l'assignat de la Donation était limitatif, parceque, dans le fait, la demoiselle de M.... n'était encore en possession d'aucun immeuble au moment de son mariage; que d'ailleurs tontes les lois romaines et les interprétations des auteurs sur l'assignat limitatif et démonstratif, n'avaient rapport qu'aux dispositions testamentaires, auxquelles on donne une interprétation favorable dans plusieurs cas, parceque le testateur est seul pour s'expliquer, *et que* c'est sa dernière volonté qu'on doit s'attacher *principalement* à saisir. — Mais il en est autrement, disaient-ils, des Donations entre-vifs. Il faut interpreter strictement les clauses qu'elles contiennent; et par cette raison, la Donation dont il s'agit, doit être regardée comme dépendante du cas où il y aurait eu des immeubles au temps du decès. — Quant à l'objection faite par les créanciers, qu'il dépendait de la donatrice de rendre la Donation sans effet, en vendant ses immeubles, on y repondait par l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, qui permet ces sortes de Donations dans les contrats de mariage.— Sur ces moyens respectifs, sentence des requêtes du palais, qui deboute les créanciers de leur demande, et juge par conséquent la Donation caduque.— Appel; et par arrêt du 23 mai 1781, rendu à l'audience de sept heures, le parlement de Paris confirme cette sentence.

VII. Mais tous les biens presens peuvent-ils être donnés entre-vifs?

Sur cette question, l'ancien droit faisait des distinctions sur lesquelles on peut voir les articles *Légitime* et *Réserves coutumières*.

Ces distinctions ont été abolies par la loi du 17 nivose an 2. L'art. 16 de cette loi voulait qu'à l'avenir on ne pût donner, soit entre-vifs, soit à cause de mort, au-delà du dixième de son bien, si l'on avait des héritiers en ligne directe; et du sixième, si l'on n'avait que des héritiers collatéraux. Mais par les art. 13 et 14, cette même loi laissait aux époux la faculté de donner, soit par contrat de mariage ou par tout autre acte, l'universalité de leurs biens en propriété, lorsqu'ils n'avaient pas d'enfans, et la moitié en usufruit, dans le cas contraire.

La loi du 4 germinal an 8 a maintenu les dispositions des art. 13 et 14 de celle du 17 nivose an 2; mais elle en a modifié l'art. 16, en permettant à toute personne de disposer jusqu'à concurrence d'un cinquième, d'un quart, de la moitié, de trois quarts et de la totalité de sa fortune, suivant les différentes circonstances qu'elle a déterminées.

Le Code Napoléon a fait plus encore. *V. Portion disponible*.

VIII. La loi du 17 nivose an 2 a-t-elle validé, pour le tout, la Donation entre-vifs que des époux s'étaient faite, par leur contrat de mariage, avant la promulgation de celle du 5 brumaire précédent (dont elle n'est qu'une nouvelle édition), et dans laquelle ils avaient compris des biens qui, à cette époque, étaient indisponibles de leur part?

De deux choses l'une: ou l'un des époux était mort à l'époque de la promulgation de la loi du 5 brumaire an 2, ou ils vivaient encore tous deux à cette époque.

Au premier cas, ni la loi du 5 brumaire ni celle du 17 nivose an 2 n'ont pu valider une Donation dont la nullité formait, pour les héritiers du Donateur, un droit irrévocablement acquis.

Mais, au second cas, la Donation doit avoir son effet. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le 6 brumaire an 2 (temps où l'on s'attendait à voir, d'un moment à l'autre, paraître un *Code civil* dont la discussion occupait depuis plusieurs mois la convention nationale), contrat de mariage entre le sieur Pinel et la demoiselle Lecarpentier. Par cet acte, le sieur Pinel *a déclare, en tant qu'il est autorisé par le nouveau Code civil*, donner à sa future épouse, *en pleine propriété, la moitié de tous ses biens présens et à venir*, et la totalité des meubles et effets mobiliers, en cas qu'elle lui survive sans enfans. Indépendamment de cette disposition, *et dans le cas où elle serait restreinte par l'autorité de la nouvelle loi*, le futur, dont le penchant comme le premier devoir est de s'y conformer, donne à sa femme tout ce que la loi nouvelle lui permet de donner, et lui assure le droit de douaire et remports

Digitized by Google

matrimoniaux résultant de la *ci-devant* coutume de Normandie. Il est entendu que la Donation de la moitié des biens-fonds, faite par le mari, est absolue et sans condition; et que le cas de survie, précédemment prévu, n'a trait qu'à la seule Donation des meubles.» — Le 19 thermidor an 6, décès du sieur Pinel, ne laissant que des héritiers collatéraux. Sa veuve les fait assigner devant le tribunal civil de l'arrondissement de Valogne, en délivrance des meubles et des immeubles qui lui ont été donnés par son contrat de mariage. — Les héritiers accordent la délivrance des meubles; mais ils soutiennent que, quant aux immeubles, la Donation doit être annullée, d'après l'art. 73 des placités de Normandie de 1666, qui, à l'époque de la célébration du mariage, défendait au mari de donner à sa femme, même *en faveur du mariage, aucune part de ses immeubles.* — Et, effectivement, le tribunal de Valogne déclare nulle la Donation des immeubles. — Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Caen, du 2 pluviose an 12, qui la déclare valable, sur le fondement que l'art. 13 de la loi du 17 nivose an 2 maintient tous les avantages stipulés entre époux *encore existans.*

Les héritiers Pinel se pourvoient en cassation contre cet arrêt; et après avoir établi, 1° qu'en thèse générale, c'est la loi du temps où a été faite une Donation entre-vifs, qui doit décider de sa validité; 2° que, par la loi qui était en vigueur dans la ci-devant Normandie, le 6 brumaire an 2, la Donation dont il s'agissait, ne pouvait avoir aucune espèce d'effet, ils ajoutent: — «A la vérité, l'art. 13 de la loi du 17 nivose an 2, sur lequel est fondée la decision de la cour d'appel, s'exprime ainsi. *Les avantages singuliers ou réciproques stipulés entre époux encore existans, soit par leur contrat de mariage, soit par des actes postérieurs...., auront leur plein et entier effet, nonobstant les dispositions de l'art. 1, auquel il est fait exception en ce point.*— Mais si l'on veut donner à cet art. 13 l'interprétation qui lui est propre, il ne faut pas l'isoler de l'art. 1, *dont il n'est qu'une exception.* L'art. 1 annulle toutes les Donations entre-vifs, faites depuis le 14 juillet 1789; il maintient toutes celles de la même nature, qui avaient été *légalement* faites antérieurement. L'art. 13, qui se lie d'une manière intime avec l'art. 1, ne peut pas avoir été fait dans un autre esprit; et puisque la loi ne maintient les Donations antérieures au 14 juillet, qu'autant qu'elles auraient été *légalement* faites, pourquoi voudrait-on le faire agir en sens contraire, lorsqu'il s'agit de Donations d'une date postérieure à la même époque, qu'elle conserve *par exception.* — Cette interprétation est la seule que la raison indique; c'est celle que le législateur a adoptée dans ses réponses à la septième question insérée dans le décret du 22 ventose an 2, et la huitième résolue par celui du 9 fructidor suivant, dont le but était de fixer, d'une manière claire et precise, le sens dans lequel devait être entendue la loi du 17 nivose. — Enfin, en supposant que l'art. 13 dût être pris dans le sens que la cour d'appel lui donne, il en résulterait au moins que cette cour aurait contrevenu aux lois des 9 fructidor an 3 et 3 vendémiaire an 4, qui ont rapporté l'effet retroactif de celle du 17 nivose.»

La dame Pinel répond: — L'art. 13 de la loi du 17 nivose confirme, sans effet rétroactif, les Donations entre époux, quoiqu'antérieures à sa promulgation, pourvu qu'ils soient l'un et l'autre *vivans*, lorsqu'elle sera publiée. Il ne s'arrête ni à la date, ni au contenu de l'acte; il ne s'attache qu'à un seul point, à une seule condition, *l'existence* des époux lors de la promulgation. — Pour se convaincre de cette vérité, il suffit de rapprocher cet article de l'art. 14 qui le suit. Dans le premier, la loi s'occupe du sort des Donations faites entre époux *encore existans*, auxquels elle donne la faculté de se faire toutes sortes d'avantages par toute espèce d'actes; elle a dû, pour éviter quelques incohérences dans le système qu'elle établit, valider toutes les libéralités que ces époux s'étaient faites, sans examiner si elles étaient nulles ou valables dans le principe. Dans le second article, elle maintient, au profit du survivant, les avantages stipulés entre époux *dont l'un est décédé avant la promulgation de la loi;* mais, dans ce cas, pour ne point blesser des droits ouverts et assurés à des tiers par l'ancienne législation: pour empêcher les désordres d'un effet rétroactif, elle a dû exiger que ces avantages eussent été valables dans l'origine, qu'ils eussent été *légalement* stipulés, et elle en a fait une disposition expresse. — En vain dirait-on que c'est par oubli, par negligence, que le législateur n'a point inséré dans l'art. 13 ce mot *légalement* qu'on trouve dans l'art. 14. Tout prouve que cette difference etait commandée par la nature des choses, et qu'elle est le fruit de la plus sage réflexion. — Dans l'hypothèse du prédecès de l'un des époux, la succession de celui-ci était ouverte: les héritiers étaient légalement saisis des biens et des actions qui pouvaient en dépendre, dans toute l'étendue, dans toute la plénitude que leur donnaient les lois en vigueur lors de l'ouverture. Si ces lois prohibaient les dons, s'ils etaient essentiellement nuls, les héritiers avaient acquis le droit de les faire révoquer. Priver les héritiers de ce droit, c'eût été porter atteinte au droit sacré de la propriété. — Dans l'hypothèse de l'existence des deux époux, au moment de la promulgation de la loi, la disposition qui confirmait les avantages anterieurement stipulés, legalement ou non, ne pouvait nuire à personne, ni aux époux, puisqu'elle n'avait d'autre effet que de rendre efficace l'intention qu'ils avaient manifestée, et sans laquelle le mariage n'aurait sans doute pas eu lieu; ni à leurs héritiers collateraux, puisqu'elle ne les privait d'aucun droit acquis. Cette disposition n'a pour but que d'épargner aux époux encore existans, la peine et les frais d'un renouvellement de libéralités, d'une recomposition d'actes. — Ces observations suffisent pour repousser le reproche fait à la cour d'appel de Caen, d'avoir donné à la loi du 17 nivose un effet rétroactif. — Sans destruction de

Digitized by Google

droits acquis, point d'effet rétroactif dans la loi: *S'il tient à la majesté de la loi de marcher droit devant elle et de ne point regarder en arrière, elle peut* (dit Domat, n° 14, tit. 1, sect. 1, p. 3), *changer selon le besoin, les suites que devaient avoir les lois précédentes; mais c'est toujours* (ajoute-t-il), *sans porter atteinte aux droits qui étaient acquis à quelques personnes.* — Or, c'est ce que fait la loi du 17 nivose an 2, par les articles cités : elle ne fait que changer, pour les mettre en harmonie avec le nouvel état de la législation, *les suites que devaient avoir les lois précédentes*, lorsque, d'un autre côté, elle respecte *les droits ouverts et acquis.* — Ces articles ne sont donc point infectés du vice de la rétroactivité. — Cette proposition ainsi démontrée, on voit que la cour d'appel n'a pu violer les lois des 22 ventose an 2, 9 fructidor an 3 et 3 vendemiaire an 4, puisque ces lois ne s'appliquent qu'à celles des dispositions de la loi du 17 nivose, qui contiennent une rétroactivité quelconque, et qu'elles ne sauraient par conséquent s'étendre aux articles qui servent de base à l'arrêt attaqué.»

Par arrêt du 21 brumaire an 14, au rapport de M. Lasaudade, — « Vu les art. 13 et 61 de la loi du 17 nivose an 2; — Considérant que, par l'art. 61, toutes les lois, coutumes, usages et statuts contraires aux dispositions de la loi du 17 nivose an 2 sont abolis; — Que l'art. 13 de la loi du 17 nivose an 2 est le seul applicable à l'espèce presente, puisqu'il s'y agit d'avantages stipulés entre époux *encore existans*, par leur contrat de mariage; que cet article prescrit que tels avantages (sans distinction), auront leur plein et entier effet; que si la légalité de la stipulation est exigée par l'art. 14, c'est par rapport aux avantages faits entre époux, *dont l'un serait décédé avant le 14 juillet* 1789; qu'il n'est pas permis d'argumenter d'un article à l'autre, dans deux espèces tont à fait différentes, d'autant plus que, si telle eût été l'intention des législateurs, ils se seraient exprimés dans l'art. 13 comme dans l'art. 14, ou n'auraient fait des deux qu'un seul article; que les deux cas prévus par la loi sont bien différens, puisqu'an premier cas, la nullité était réparable, et n'avait encore acquis de droits à personne; tandis qu'au second cas, la nullité était irréparable et avait acquis des droits aux héritiers, du jour du décès de l'un des époux; — Considérant que cette disposition de l'art. 13 de la loi du 17 nivose n'est point révoquée par les lois des 9 fructidor an 3 et 3 vendémiaire an 4, qui ont rapporté l'effet rétroactif de la loi du 17 nivose; parceque cette loi, en validant entre époux encore existans, des avantages qui devenaient généralement permis à tous les époux, avant qu'aucuns droits sur icenx enssent été acquis à des tiers, n'opérait en réalité aucun effet retroactif; que cela resulte évidemment de la disposition de la loi du 9 fructidor an 2, dans sa réponse à la trente-cinquième question proposée sur le sort des dispositions entre époux, lorsque, faites avant la promulgation de la loi du 17 nivose an 2, elles excédaient le point indiqué, soit par les conventions, soit par les lois d'alors, puisqu'il est répondu que s'il s'agit de dispositions dont l'effet ait été ouvert avant la publication de la loi du 17 nivose, elles doivent être ramenées à ce terme; mais qu'à l'égard des dispositions dont l'effet s'est ouvert depuis, elles n'ont d'autres regles que les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivose; — Que les art. 7 et 8 des lois des 22 ventose et 5 fructidor an 2 sont étrangers à l'espèce dont il s'agit; — La cour rejette.....»]]

Section IV. *De l'acceptation de la Donation.*

I. Les Donations entre-vifs étant des contrats synallagmatiques, il en résulte que pour qu'ils soient parfaits, il faut le concours des deux volontés, savoir, celle du donateur qui fait la libéralité, et celle du donataire qui l'accepte. Mais aussitôt que l'acceptation a eu lieu, le donateur est lié, et il peut être contraint à délivrer la chose donnée.

La formalité de l'acceptation est tellement nécessaire pour la validité d'une Donation entre-vifs, que ni l'église, ni les mineurs [[ni les interdits, ni les femmes mariées,]] n'ont été exemptés de la rigueur de la loi à cet égard. [[*Code Napoléon, art.* 942.]]

La Donation étant un contrat obligatoire entre le donateur et le donataire, l'acceptation doit être faite par le donataire en personne, ou par son procureur-général ou spécial. Ainsi, l'acceptation d'un tiers sans pouvoir serait inutile, à moins qu'elle ne fût ratifiée par le donataire du vivant du donateur.

Comme l'acceptation ne forme qu'un seul et même contrat avec la Donation, dont elle est une partie nécessaire, il faut, par consequent, qu'elle soit aussi constante et aussi solennelle que la Donation même. C'est pourquoi l'art. 5 de l'ordonnance de 1731 a ordonné que dans le cas où la Donation aurait été acceptée par un tiers qui aurait déclaré se porter fort pour le donataire absent, elle n'aurait d'effet que du jour de la ratification expresse que le donataire en aurait faite, par acte passé par-devant notaires, duquel acte il resterait minute.

La même loi a défendu aux notaires et tabellions d'accepter aucune Donation pour des donataires absens, à peine de nullité de ces sortes de stipulations.

Selon le droit romain, il n'était pas nécessaire que l'acceptation fût faite en termes formels; elle pouvait se suppléer par équipollence, attendu que c'est une maxime établie par plusieurs lois, que celui qui agrée par effet, est réputé avoir suffisamment confirmé et accepté ce qui a été fait en sa faveur, quoiqu'il n'y ait aucun acte par écrit de son acceptation. Mais parmi nous, on n'admet point cette équipollence; et les Donations ne peuvent être valables qu'autant qu'elles ont été acceptées expressément et en termes formels par le donataire: l'ordonnance défend même aux juges d'avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendrait induire

Digitized by Google

une acceptation tacite ou présumée, et cela quand même le donataire aurait été présent à l'acte de Donation et qu'il l'aurait signé, ou qu'il serait entré en possession des choses données.

[[*V.* le Code Napoléon, art. 932 et 933.]]

II. Lorsque le donataire est mineur de vingt-cinq [[aujourd'hui de vingt-un]] ans, on interdit par autorité de justice, l'acceptation peut être faite pour lui, soit par son tuteur ou curateur, soit par son père, sa mère, son aïeul ou quelqu'autre ascendant, même du vivant du père et de la mère, sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens pour rendre cette acceptation valable. C'est ce qui résulte de l'art. 7 de l'ordonnance des Donations. [[et des art. 463 et 935 du Code Napoléon. *V. Mineur.*]]

III. Suivant l'art. 8 de l'ordonnance de 1731, l'acceptation d'une Donation peut pareillement être faite par les administrateurs des hôpitaux et des autres établissemens de charité autorisés par lettres-patentes, ainsi que par les curés et les marguilliers, lorsqu'il s'agit de quelque Donation entre-vifs faite pour le service divin, pour fondation particulière, et pour la subsistance et le soulagement des pauvres de leurs paroisses. [[*V.* ci-devant, sect. 3, §. 2; et le Code Napoléon, art 910 et 937.]]

IV. Les femmes mariées qui sont sous la puissance de leurs maris, étant dans une interdiction perpétuelle, ne peuvent accepter aucune Donation sans être, pour cet effet, autorisées par leurs maris, ou à leur refus, par la justice. Cette decision de l'ordonnance s'applique même aux femmes non communes en biens avec leurs maris, ou qui ont été séparées par sentence ou par arrêt.

Le législateur a, néanmoins, fait une exception relativement aux Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de biens paraphernaux dans les pays où les femmes mariées peuvent posséder des biens de cette qualité. Il a déclaré qu'il n'entendait rien innover à cet égard.

On sait que dans les pays de droit écrit, les femmes peuvent, en se mariant, se constituer en dot une partie de leurs biens, et se réserver la jouissance de l'autre partie; les biens ainsi reserves se nomment *paraphernaux*.

Dans les provinces de droit écrit, qui ne sont pas du ressort du parlement de Paris, les femmes mariées ont constamment la liberté de disposer, à leur gré, de leurs biens paraphernaux, tant en usufruit qu'en propriété: ainsi, elles peuvent accepter, sans l'autorité de leurs maris, les libéralités qui leur sont faites durant leur mariage, pour leur tenir lieu de biens paraphernaux.

Mais, s'il en faut croire Sallé sur l'art. 9 de l'ordonnance de 1731] dans les provinces de droit écrit qui sont du ressort du parlement de Paris, le pouvoir des femmes sur leurs biens paraphernaux est beaucoup plus limité; il ne s'étend qu'à l'usufruit; et les femmes mariées ne peuvent pas plus contracter, sans l'autorité de leurs maris, pour les biens paraphernaux, que pour les biens dotaux: ainsi, leur pouvoir sur les biens paraphernaux y est à peu près le même que celui des femmes non communes ou séparées en pays coutumier; c'est pourquoi, comme ces dernières ne peuvent accepter, sans l'autorisation de leurs maris, les Donations qui leur sont faites, quoiqu'elles en aient incontestablement l'usufruit libre, il s'ensuit de même que les femmes, dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, ne peuvent pas non plus accepter, sans l'autorisation de leurs maris, les Donations qu'on leur fait pour tenir lieu de biens paraphernaux, puisqu'elles n'en ont de libre que l'usufruit, et non la propriété.

[Mais toutes ces assertions ne sont que des erreurs. Le pouvoir de la femme sur ses biens paraphernaux, est le même dans les pays de droit écrit qui ressortissent au parlement de Paris, que dans les autres; elle est, à cet égard, réputée mère de famille, maîtresse absolue, et entièrement indépendante de l'autorité maritale, soit qu'elle hypothèque, soit qu'elle vende, soit qu'elle donne, soit qu'elle accepte une Donation de biens de cette espèce. V. *Paraphernal.*]

[[Aujourd'hui, soit qu'il s'agisse de biens paraphernaux, soit qu'il s'agisse de biens de toute autre nature, la femme mariée ne peut accepter une Donation entre-vifs, si elle n'y a été autorisée par son mari, ou, à son refus, par la justice. *V.* le Code Napoléon, art. 934.]]

V. Le législateur a excepté des dispositions de la loi concernant la nécessité et la forme de l'acceptation, les Donations faites par contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître, soit par les conjoints eux-mêmes, soit par des ascendans ou des parens collatéraux, et même par des étrangers. Ces Donations ne peuvent être attaquées ni declarées nulles, sous prétexte du défaut d'acceptation.

Cette loi est fondée sur ce que la faveur due aux contrats de mariage, fait regarder l'acceptation comme véritablement accomplie par le mariage subséquent: en effet, les conjoints par la consommation de leur mariage, acceptent et ratifient les conventions insérées dans leur contrat.

La jurisprudence des arrêts avait établi la même règle long-temps avant l'ordonnance des Donations, [[et elle est confirmée par l'art. 1087 du Code Napoléon.]]

VI. Une Donation faite en faveur du donataire et de ses enfans nés et à naître, et qui charge le donataire d'une substitution envers ses enfans ou envers d'autres, nés ou à naître, est parfaite par la seule acceptation du donataire, quand même la Donation ne serait pas faite par contrat de mariage, et que les donateurs seraient des collatéraux ou des étrangers. C'est ce qui résulte de l'art. 11 de l'ordonnance de 1731, et Ricard atteste que telle était la jurisprudence suivie de son temps. — Il y a, au surplus, cette différence entre les Donations dont il s'agit ici, et celles qui sont faites par contrat de mariage, qu'il n'est même pas nécessaire, pour la validité de ces dernières, que l'acceptation du pre-

Digitized by Google

mier donataire y soit exprimée, au lieu qu'il faut qu'elle le soit dans les autres.

[[Par la même raison, l'acceptation du donataire suffit pour valider en faveur d'un tiers absent, la clause qui est insérée, à son profit, dans la Donation. Mais cette clause peut-elle être revoquee par le donateur, tant que le tiers absent ne l'a pas acceptee? *V.* le plaidoyer du 8 messidor an 13, rapporté aux mots *Acte sous seing-privé*, §. 2.]]

VII. L'ordonnance de 1731 ajoute, art. 12, que si la Donation est faite à des enfans nes et à naître en general, l'acceptation des enfans deja nés suffira pour rendre la Donation valable en faveur des enfans a naître.

Il semble que, par cette disposition, le législateur ait voulu que tous les enfans nes remplissent la formalité de l'acceptation. On demande, néanmoins, si lorsqu'une partie des enfans nes n'a point accepté, *ils* ne doivent point profiter du benefice de l'acceptation qne les autres ont faite?

Il parait qu'en ce cas on doit distinguer, comme dans les legs, si les donataires sont conjoints par les paroles ou par la chose seulement, ou par les paroles et par la chose tout a la fois.

Si les donataires ne sont conjoints que par les paroles, comme quand on donne a chacun des enfans une partie distincte et separee dans la chose, l'acceptation de l'un ne peut point servir à l'autre: la raison en est que chaque enfant étant donataire particulier de sa portion, il faut autant d'acceptations qu'il y a de portions.

Mais si les donataires etaient conjoints par les paroles et par la chose, comme dans cette phrase, *je donne mes vignes aux enfans d'un tel nes et à naître*; ou même quand ils ne seraient conjoints que par la chose, le droit d'accroissement ayant lieu dans ces cas, l'acceptation d'un des enfans donataires suffirait pour rendre valable la Donation, non seulement en faveur des enfans a naître, mais encore en faveur de ceux qui seraient nes, et qui n'auraient point accepté. En effet, si la Donation n'était pas valable par le defaut d'acceptation relativement aux enfans nés qui n'auraient point accepte, le donateur ni ses heritiers n'en profiteraient pas; et le benefice tournerait au profit seul de l'enfant donataire qui aurait accepte, lequel, de son côte, serait non recevable a contester la forme du contrat qui lui servirait de titre.

Ricard, qui tient cette opinion (part. 1, n. 872), rapporte, pour la confirmer, un arrêt du parlement de Paris, rendu le 2 mars 1657 dans l'espèce suivante: une mere qui s'était remariee, avait donne à deux enfans qu'elle avait d'un premier lit, sa part des conquêts de la premiere communauté: la Donation n'ayant ete acceptée que par l'un des donataires, la donatrice la revoqua a l'egard de l'autre. mais l'arrêt cite, en confirmant la sentence dont etait appel, ordonna que nonobstant la revocation, la Donation sortirait son effet pour le tout.

[[*V.* ci-devant, sect. 3, §. 2, n. 3.]]

VIII. Maynard, La Roche-Flavin et le président Cambolas nous apprennent qu'autrefois le parlement de Toulouse était dans l'usage de restituer l'église et les mineurs contre le defaut d'acceptation des Donations; mais cette jurisprudence a été abrogée par l'art. 14 de l'ordonnance de 1731. Suivant cette loi, l'église, les hôpitaux, les mineurs, les interdits et, en général, tous ceux qui jouissent des privilèges des mineurs, ne peuvent, en aucun cas, être restitues contre le defaut d'acceptation des Donations entre-vifs: mais si les tuteurs des mineurs, les curateurs des interdits ou les administrateurs des églises ont négligé d'accepter des Donations faites en faveur de ceux dont les intérêts leur etaient confies, ils sont responsables de cette négligence, et doivent indemniser les parties interessees jusqu'a concurrence du benefice qu'elles auraient retiré de ces Donations. [[*V.* le Code Napoléon, art. 942.]]

[[IX. Quels sont les effets de l'acceptation, lorsqu'elle a été faite régulièrement? *V.* ci-après, sect. 4.

Le donataire peut-il répudier une Donation après l'avoir acceptee? *V.* ci-après, sect. 6, §. 4, n. 2.]]

Section V. *De la tradition des choses données.*

[[La question de savoir si la tradition est nécessaire dans les Donations entre-vifs, doit être envisagée sous deux aspects différens: — 1°. Par rapport au donateur lui-même, — 2°. par rapport à ses heritiers.

§. I. *De la nécessité de la tradition, par rapport au donateur.*

Ricard, part. 1, chap. 4, sect. 2, distingue, relativement aux Donations entre-vifs, deux sortes de traditions, l'une de droit, l'autre de fait.

Il entend par *tradition de droit*, le caractère de stabilité qui doit rendre l'exécution de la Donation indépendante des changemens de volonté du donateur; et par *tradition de fait*, la delivrance de la possession de la chose donnée.

On ne voit pas trop sur quoi cette distinction est fondée. Tous les jurisconsultes romains définissent la tradition, *dationis possessionis*; et n'en reconnaissent par consequent qu'une seule espece, celle que Ricard appelle *tradition de fait*.

Quoi qu'il en soit, puisque cette distinction est admise dans l'usage, conservons-la; mais prevenons, par quelques principes aussi incontestables qu'ils sont rarement apperçus, les écarts où peut jeter l'equivoque.

« La tradition de droit (dit M. Bergier, dans ses notes sur Ricard, part. 1, n. 970), tient a la perfection du contrat de Donation; elle doit se consommer au moment même où la Donation se forme; sans elle, point d'engagement. Le donateur qui ne se lie pas sans retour dans l'instant même où il donne, ne se lie point du tout. — La tradition de fait, au contraire, n'est que la suite et l'exécution du contrat. »

Digitized by Google

L'une, qui est de l'essence de la Donation, doit l'accompagner, l'autre n'en est que l'effet et doit le suivre. — L'une confère au donataire une action pour obtenir la délivrance de la chose donnée, l'autre n'est que l'exercice de cette action.

La différence qu'il y a entre ces deux genres de tradition, relativement à la nature de chacune, en met une très grande dans leurs effets.

1°. La tradition de fait peut indifféremment être réelle et actuelle, on feinte et par équipollence : réelle, si la chose est remise de fait au pouvoir du donataire, si le donateur lui remet la possession actuelle et corporelle : feinte, si le donateur se retient l'usufruit, et ne remet que la possession civile. — au contraire, la tradition de droit, c'est-à-dire, l'obligation personnelle du donateur, doit toujours être actuelle et absolue.

2°. Le défaut de tradition de droit annulle absolument la Donation, parceque la disposition pèche par sa cause productrice, par l'irrésolution de la volonté de celui qui donne en se réservant d'ôter.

Le défaut de tradition de fait opère-t-il la même nullité; et le donateur peut-il s'en prévaloir?

Cette question mérite d'être approfondie. Pour la résoudre dans tous ses points, consultons le droit romain, les coutumes, l'ordonnance de 1731 et le Code Napoléon.

I. *Examen des lois romaines sur la nécessité de la tradition, par rapport au donateur.*

C'est une opinion assez générale, qu'avant Justinien, auteur de la loi 35, C. *de Donationibus*, on ne pouvait faire de Donation entre-vifs sans une tradition actuelle. Nous l'avons ainsi avancé nous-même dans les premières éditions de cet ouvrage; mais lorsqu'on s'est trompé, il faut avoir le courage d'en faire l'aveu. Prouvons donc que l'opinion dont il s'agit, n'est qu'une erreur.

On distinguait, chez les Romains, trois manières de faire des Donations entre-vifs. — On donnait et on transférait à la fois la chose donnée; — On donnait et on s'engageait, sur la stipulation du donataire, à transférer cette chose; — Enfin on donnait et on promettait d'accomplir la Donation, par un simple pacte, sans se servir de la forme de la stipulation.

De ces trois manières de donner, par tradition, par stipulation et par pacte, la première qui n'est pas contestée, n'exige pas d'explication ni de preuve. Nous observerons seulement que le donateur qui prenait cette forme, n'était pas obligé d'attacher à la tradition, la transmission actuelle de la propriété; qu'il pouvait au contraire suspendre cette transmission, en apposant une condition à sa libéralité; que la tradition ne transférait alors que la possession; et que, si la condition venait à manquer, le donateur avait l'action réelle pour reprendre la chose donnée avec les fruits perçus, supposé que la tradition eût été réelle et que le donataire eût été en jouissance.

La seconde manière de faire une Donation entre-vifs, était de se servir de la forme de la stipulation, par laquelle toutes les conventions, qui, énoncées sous cette forme, auraient été de simples pactes, devenaient des contrats. On peut en voir un grand nombre de preuves dans le titre même *de Donationibus*, au Digeste, notamment dans la loi 22, qui décide que le retard apporté à l'accomplissement d'une Donation faite dans cette forme, ne fait pas courir d'intérêts, parceque la Donation formée de cette manière, n'est pas du nombre des contrats de bonne foi, mais de ceux de droit étroit. *Eum qui Donationis causâ pecuniam vel quid aliud promisit*, (le mot *promittere*, dans les lois romaines, signifie toujours *stipulanti promittere*), *de mord solutionis pecuniæ usuras non debere summæ æquitatis est, maximè cùm in bonæ fidei contractibus Donationis species non reputetur.*

Par cette forme de Donation, le donateur s'obligeait sans une tradition actuelle; et il en résultait une action que le donataire avait contre lui pour l'accomplissement de la Donation, obligation et action qui passaient aux héritiers du donateur et du donataire.

C'est dans le cas de la Donation formée par stipulation, que l'empereur Antoine-le-Pieux a voulu que le donateur, pour l'accomplissement de son obligation, jouît du bénéfice de *compétence*, c'est-à-dire, qu'il ne fût tenu qu'à concurrence de ses moyens, *in quantum facere potest, qui ex Donatione se OBLIGAVIT*, dit la loi 12, au titre cité, *ex rescripto divi Pii in quantum facere potest convenitur.* Le mot *obligavit*, dans le langage des lois, exprime une obligation personnelle; et le bénéfice accordé au donateur, suppose à la fois que l'obligation existe, et que la tradition n'a pas été faite.

La loi 33, au même titre, contient la preuve que le bénéfice de *compétence* concernait la Donation contractée dans la forme de la stipulation. On y suppose qu'un donateur, après s'être obligé à la libéralité sur la stipulation du donataire, *solvi constituit*, c'est-à-dire, s'est engagé par le pacte, appelé chez les Romains, *pecuniæ constituæ*, à payer ou livrer, dans un certain temps, ce qu'il avait donné par stipulation. En ce cas, le donataire avait deux actions, l'une résultante de la stipulation, et l'autre du pacte *constitutæ pecuniæ*. La loi décide que pour régler l'étendue de cette dernière, il ne faut pas considérer la force du pacte *constitutæ pecuniæ*, mais celle du contrat de stipulation *ex causâ Donationis*, qui a été l'origine et la cause de ce pacte; et que par conséquent le donataire, en agissant en vertu de ce pacte, peut seulement faire condamner le donateur *in quantum facere potest*, de la même manière que s'il eût formé sa demande en vertu du contrat de stipulation : *Qui id quod ex causâ Donationis stipulanti spoponderat, solvi constituit, actione constitutæ pecuniæ non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur; causam enim et originem constitutæ pecuniæ, non judicii potestatem, prævalere placuit.*

Digitized by Google

Il est donc indubitable que le bénéfice de compétence était accordé aux Donations faites dans la forme de la stipulation; et cette manière de donner étant fort usitée, il est clair que par le droit consigné dans le Digeste, il n'était pas nécessaire, pour donner valablement, de faire la tradition actuelle de la chose donnée.

La troisième manière de donner était le simple pacte. Avant Justinien, ce pacte ne produisait pas d'action au profit du donataire, pour contraindre le donateur à l'accomplissement de la Donation; mais il n'était pas destitué de toute force; à l'instar de tous les autres actes auxquels la loi ou le préteur n'avait pas attaché d'action, il produisait au moins une exception. Les lois 9 et 23, D. *de Donationibus*, nous en offrent des exemples dans le pacte *de non petendo ante certum tempus* (de ne pas demander avant un certain temps), et dans la diminution ou la remise des intérêts d'une somme faite par un simple pacte. Lorsque le donataire n'avait besoin que d'une exception pour jouir de la Donation, elle avait tout son effet.

Justinien, par la loi 35, §. 5, C. *de Donationibus*, voulut que le simple pacte de Donation conférât une action au donataire pour obliger le donateur à la tradition de la chose donnée. C'est ce qui a fait dire à plusieurs de nos auteurs, du nombre desquels est Ricard, que la tradition était auparavant nécessaire pour la validité des Donations; mais la fausseté de cette assertion est prouvée par les textes qu'on vient de citer, et par beaucoup d'autres. — Il est remarquable, d'ailleurs, que Justinien, dans la loi même par laquelle il a rendu le simple pacte de Donation pleinement obligatoire, fait mention des deux autres formes dans lesquelles les Donations pouvaient précédemment être faites.

II. *Examen de nos coutumes sur la nécessité de la tradition, par rapport au donateur.*

Pour en venir à notre droit, tout le monde sait qu'il n'admet pas la distinction des contrats et des simples pactes : la forme de la stipulation n'est plus usitée; et tous les pactes qui ne produisaient qu'une exception chez les Romains, sont pleinement obligatoires parmi nous. En considérant donc la manière dont nous suivons le droit romain, la convention de donner sans tradition aurait dû être obligatoire, quand même Justinien n'eût pas établi une nouvelle jurisprudence.

Mais nous avons une ancienne maxime qui dit que *donner et retenir ne vaut* : cette maxime, comme beaucoup d'autres vieux adages de notre droit, qui ont été inventés et transmis par les praticiens, est devenue obscure et incertaine, parcequ'elle est conçue en termes vagues et susceptibles de plusieurs sens. Exprime-t-elle seulement que la Donation n'est point valable lorsque le donateur donne de manière à pouvoir anéantir la Donation, et qu'il se reserve le droit de disposer directement ou indirectement de la chose donnée? ou signifie-t-elle que pour la validité de la Donation, le donateur doit non seulement faire une cession véritable de la propriété, mais aussi se dépouiller de la possession, et transmettre effectivement la propriété au donataire?

Dans le premier sens, on viole la maxime, en n'aliénant pas véritablement ce qu'on paraît aliéner, en ne s'obligeant pas efficacement à la libéralité qu'on fait, en se réservant quelque faculté qui, mise à exécution, détruit la Donation, anéantit l'obligation du donateur et paralyse le droit du donataire.

Dans le second sens, la maxime est enfreinte, lorsque le donateur, qui a donné d'une manière irrévocable, a gardé la possession, n'a pas transmis de fait la propriété, et n'a pas accompli à l'instant même son engagement.

C'est dans ce second sens que les coutumes de la ci-devant Flandre flamande ont interprété la règle dont il s'agit; et le parlement de Douai en a fait expressement la remarque dans ses réponses aux questions de M. d'Agueesseau sur les Donations : « On suit à la rigueur (disait-il), dans toute la Flandre flamande, la maxime *donner et retenir ne vaut;* nulle Donation n'y peut valoir comme Donation entre-vifs, si le donateur ne se dessaisit actuellement des biens donnés, et n'en fait la tradition par déshéritance et adhéritance par-devant les juges compétens de la situation. De là il résulte que de quelques formalités qu'une Donation soit revêtue, elle ne produit aucune action *contre le donateur*, s'il est demeuré en possession des biens donnés; et que la seule stipulation de la rétention d'usufruit, n'opère pas la tradition, si la propriété n'est solennellement transmise par les œuvres de la loi, c'est-à-dire, par la saisine et dessaisine faite par-devant les juges compétens. »

Aussi Vandenhane, sur la coutume de Gand, enseigne-t-il que la Donation doit commencer et se parfaire par la désheritance du donateur et l'adhéritance du donataire; qu'elle prend son nom de l'exécution qu'elle reçoit; qu'elle est un moyen d'acquérir et non pas une cause d'obligation; que le donateur qui n'a pas délivré la chose donnée, ne peut pas être contraint de le faire; qu'en un mot, la Donation n'a pas d'existence sans tradition actuelle (1).

Nous ne connaissons aucune autre coutume qui ait adopté dans ce sens la maxime *donner et retenir ne vaut*. Il y en a un grand nombre, comme on le verra dans l'instant, qui exigent la tradition pour faire valoir la Donation contre les héritiers du donateur; mais ces lois mêmes décident ou font entendre que le donateur ne peut jamais alléguer le défaut de la tradition. La plus expresse de toutes est celle de Chalons; voici ce qu'elle porte, art 64 : « Donner et retenir ne vaut, si le donateur décede

(1) On verra ci-après, §. 2, n. 9, que les dispositions de ces coutumes ont été abrogées par l'art. 24 du tit. 1 de la loi du 13 avril 1791.

Digitized by Google

possesseur des choses données, sans en avoir fait délivrance ou acte équipollent à icelle, comme par rétention d'usufruit, precaire ou autrement; mais peut bien le donataire agir par action personnelle à l'encontre du donateur vivant, afin d'avoir délivrance de la chose par lui donnée. Et si le donateur mourait en la possession de la chose donnée avant l'action intentée, telle Donation ne vaut aucunement; et ne peut le donataire agir en vertu d'icelle, personnellement ni autrement, à l'encontre de l'héritier. »

La coutume de Paris, après avoir dit, art. 273, que *donner et retenir ne vaut*, explique cette maxime par deux dispositions contenues dans l'art. 274.

Par la première, elle déclare que *c'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la JOUISSANCE* (1) *de disposer librement de la chose par lui donnée.*

Et par la seconde, elle décide que c'est encore donner et retenir, *quand le donateur demeure en possession jusqu'au jour de son décès.*

Celle-ci donne lieu à un raisonnement fort simple: puisque la Donation n'est nulle par défaut de tradition, que lorsque le donateur est demeuré en possession jusqu'à son décès, elle est donc valable à son egard tant qu'il vit; elle ne cesse donc de l'être qu'à sa mort et à l'égard de ses héritiers.

La même interprétation s'applique à toutes les coutumes qui offrent les mêmes dispositions.

III. *Examen de l'ordonnance de 1731, sur la nécessité de la tradition, par rapport au donateur.*

Cette loi fait assez entendre que par le droit commun de la France, le contrat de Donation, sans une tradition actuelle, est obligatoire de la part du donateur.

L'art. 5 porte que les Donations entre-vifs ne pourront *engager le donateur* que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire. Par-là, le législateur suppose bien clairement que le donateur peut s'obliger à l'accomplissement de la Donation, à la délivrance de la chose donnée.

Suivant l'art. 15, lorsqu'une Donation entre-vifs renferme des effets mobiliers dont il n'y a point de tradition reelle, il est nécessaire d'en dresser un état, de le faire signer par les parties, et de l'annexer à la minute de l'acte; sinon le donataire ne peut exiger aucun de ces effets, soit du *donateur*, soit de ses *héritiers*.

Il résulte de là que la tradition n'est pas de l'essence de la Donation entre-vifs, puisque le législateur permet d'y suppléer, relativement aux meubles, par un inventaire ou état des choses données.

Et pourquoi exige-t-il cet état, lorsqu'il n'y a point de tradition actuelle? C'est pour assurer à la Donation la stabilité et l'irrévocabilité qui en forment le caractère distinctif: « Car (dit M. Bergier sur Ricard, n. 964), sans cet état, celui qui aurait donné ses meubles en general, serait le maître de rendre la disposition illusoire et de la revoquer indirectement, en faisant disparaître telle portion qu'il voudrait des meubles compris dans une disposition trop vague et trop indéterminée pour fonder une action en faveur du donataire, et lui donner un droit de suite, de revendication ou de remploi.— Ainsi (continue le même auteur), une pareille Donation pèche bien plus par le défaut de tradition de droit, que par le défaut de tradition de fait; et c'est pour cela que l'ordonnance refuse au donataire toute action, même contre le donateur, pour le contraindre à la délivrance. »

Au reste, cet article n'a pas lieu pour les Donations faites par contrat de mariage; c'est ce que déclare formellement l'art. 17; et Rousseaud de Lacombe, dans sa Jurisprudence civile au mot *Donation*, nous a conservé un arrêt du parlement de Paris, du 16 mars 1745, qui juge « qu'une Donation de biens meubles par contrat de mariage, est valable, quoiqu'il n'y en ait point eu d'état annexé au contrat; et que c'est au donateur à faire preuve de la quantité de meubles qui existaient lors de la Donation. »

Il y a même un cas où la Donation de meubles, quoique faite par un acte ordinaire, n'est pas soumise à la formalité prescrite par l'art. 15. Ecoutons encore M. Bergier. — « Lorsqu'il s'agit d'une Donation particulière d'un ou de plusieurs meubles spécialement désignés dans l'acte, par exemple, si je donne la tenture de damas cramoisi qui meuble ma chambre, le secrétaire en marqueterie qui est dans mon cabinet, etc.; il serait ridicule d'exiger un état annexé à une pareille Donation. La description des meubles donnés se trouve dans le corps de l'acte; le but de la loi est rempli; l'objet de la Donation certain; l'action du donataire, pour en obtenir la délivrance, invariablement déterminée. L'état qui serait joint alors, ne serait qu'une formalité vaine et illusoire, qui multiplierait les écritures sans but et sans utilité. Ce n'est pas là l'esprit de la loi: elle ne s'applique qu'aux Donations qui ont pour objet l'universalité des effets mobiliers, ou du moins l'universalité d'une espèce de meubles; par exemple, une Donation de mes *livres*, de mon *linge*, de mes *denrées*. Une pareille disposition est trop vague et trop indefinie pour être exécutée, si un état joint à l'acte ne détermine pas la quantité et la qualité des choses données. Mais si au lieu de renvoyer ce détail à un état annexé à la Donation, il est inséré dans le corps même de l'acte; si après avoir donné *tous ses meubles*, le donateur déclare qu'ils consistent en tels et tels objets particuliers, cette description insérée dans l'acte, remplit l'intention de la loi, et rend tout autre état inutile. Cet expédient est même absolument nécessaire, lorsque le donateur ou le donataire ne savent point signer; car comment joindre alors à la minute un état signé d'eux? On y supplée, en insérant la description dans l'acte même. C'est ainsi que l'usage

(1) Au lieu du mot *jouissance*, il devrait y avoir *puissance*. Le changement d'un *p* en *jo* est facile.

Digitized by Google

a interprété l'ordonnance, dont l'esprit n'était pas d'introduire de vains formulaires, mais d'imposer aux donateurs la nécessité de fixer d'une manière permanente et précise l'objet de leur libéralité, et de les mettre par-là dans l'impuissance d'écouter le repentir, d'éluder leurs engagemens on de les restreindre. »

La mention faite dans l'acte de Donation d'effets mobiliers, que le donateur s'en est actuellement dessaisi, suffit-elle pour rendre inutile la formalité prescrite par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731? Furgole, sur cet article même, présente l'affirmative comme indubitable.—Mais que devrait-on décider à cet égard, s'il était constant que le dessaisissement énoncé dans l'acte, n'a pas eu lieu? Cette question s'est présentée au parlement de Douai.

Le sieur Huart et sa femme, n'ayant qu'une fille mariée au sieur Desvignes, avaient fait au neveu du premier, une Donation entre-vifs de tous les meubles et effets d'une ferme qu'ils exploitaient à Thiant, et de toutes les actions qui y étaient relatives. L'acte énonçait que les donateurs avaient fait au donataire une tradition réelle des choses données; mais le contraire était prouvé par le fait, puisqu'ils avaient continué d'habiter et d'administrer leur ferme. L'oncle étant mort le premier, la veuve ne conserva pas long-temps les mêmes sentimens pour le neveu; trois mois après, elle céda aux instances du sieur Desvignes, son gendre : l'un et l'autre présentèrent requête au lieutenant-général de Bouchain, pour forcer le donataire à abandonner la ferme et à rendre compte de tout : ils articulèrent d'abord des faits de suggestion, à la preuve desquels ils furent admis par sentence du 9 mars 1774. Sur l'appel d'Huart, ils demandèrent l'évocation du principal, firent valoir le défaut de tradition actuelle, et conclurent de ce chef à la nullité absolue de la Donation. Par arrêt du 16 février 1775, au rapport de M. Ofarel, la cour, sans s'arrêter à la sentence de Bouchain, et trouvant le principal suffisamment instruit, l'évoqua et déclara la Donation nulle.

IV. *Examen du Code Napoléon, sur la nécessité de la tradition, par rapport au donateur.*

L'art. 932 du Code Napoléon porte, comme l'art. 5 de l'ordonnance de 1731, que « la Donation entre-vifs *n'engagera* le donateur que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. » Il suppose donc, comme l'ordonnance de 1731, que la Donation acceptée produit, indépendamment de la tradition, une action personnelle contre le donateur.

Mais l'art. 938 va plus loin : il déclare que « la Donation dûment acceptée, sera parfaite par le seul consentement des parties, et (que) la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, *sans qu'il soit besoin d'autre tradition.* »

Cet article n'est cependant pas applicable aux Donations d'effets mobiliers; car voici ce que règle pour celles-ci l'art. 948 : « Tout acte de Donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la Donation. »

Sur ce point, comme l'on voit, le Code Napoléon ne fait presque que copier l'ordonnance de 1731. — Il y a cependant entre l'un et l'autre deux différences essentielles.

La première est indiquée ci-dessus, sect. 2, §. 7.

La seconde est que le Code Napoléon n'admet pas l'exception par laquelle l'art. 17 de l'ordonnance de 1731 en modifiait l'art. 15, relativement aux Donations par contrat de mariage. La disposition de l'art. 948 du Code Napoléon embrasse toutes les Donations entre-vifs d'effets mobiliers; et non seulement la généralité de ses termes prouve que les Donations par contrat de mariage y sont comprises, mais cette preuve est, pour ainsi dire, convertie en démonstration mathématique par la place qu'occupe l'art. 948 même, dans le Code Napoléon. *V.* les art. 943, 944, 945, 946 et 947.

§. II. *De la nécessité de la tradition, par rapport aux héritiers du donateur.*

Voyons maintenant si le défaut de la tradition annulle la Donation vis-à-vis des héritiers du donateur.

I. L'affirmative était incontestable avant la loi du 13 avril 1791, dans celles des coutumes de nantissement, où ce défaut pouvait être opposé par le donateur lui-même, c'est-à-dire, dans la Flandre flamande; car l'héritier ne pouvait pas être de pire condition que celui à qui il succédait.

II. Dans les autres parties de la France, il fallait, avant le Code Napoléon, distinguer les Donations de meubles d'avec celles d'immeubles.

Pour les meubles, la question est décidée par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731.

III. Quant aux immeubles, il y a d'abord une sous-distinction à faire entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers.

Dans les pays de droit écrit, on a toujours tenu pour maxime que le défaut de tradition n'annulle pas les Donations vis-à-vis des héritiers des donateurs; et l'on n'aurait pu, dans le fait, y juger autrement, sans aller contre la disposition formelle de la loi 35, C. *de Donationibus.*

A l'égard des pays coutumiers, il faut diviser en deux classes les lois particulières qui les régissaient avant le Code Napoléon.

Dans l'une sont celles qui ont conservé l'usage de la tradition réelle et de fait.

Dans l'autre, celles qui ont adopté une tradition symbolique, et que l'on appelle communément *coutumes de nantissement* ou *coutumes de vest et dévest.*

IV. Première classe. Les coutumes qui ont conservé l'usage de la tradition réelle et de fait, sont de trois sortes.

1°. Les unes déclarent que la Donation vaut, sans tradition actuelle, non seulement entre le donateur

Digitized by Google

et le donataire, mais encore entre celui-ci et les héritiers du premier. — Ces coutumes ne sont pas en petit nombre.

Telle est d'abord celle de Bourbonnais. Voici comment elle s'explique, art. 122, « Donner et retenir qui ne vaut par la coutume, est quand le donateur retient puissance de pouvoir disposer, quand bon lui semblera, de la chose donnée; ou quand il charge le donateur de payer ses dettes qu'il devra à l'heure de son trépas. » L'article suivant ajoute : « Donation d'aucuns biens est bonne et valable, sans appréhension de possession réelle et actuelle; et si, du vivant du donateur, ledit donataire n'a appréhendé la possession de la chose donnée, il la doit avoir après son trépas des mains de l'héritier. » — Cet article qui suit immédiatement la règle *donner et retenir ne vaut* et son explication, déclare fort clairement qu'elle ne concerne pas la rétention de la possession, et que l'obligation du donateur se transmet à son héritier. — On ne peut pas dire que la coutume suppose qu'il y a eu tradition feinte, et que nonobstant cette tradition, elle veut que le donataire demande délivrance à l'héritier du donateur; car l'art. 124 décide, immédiatement après, que « Donation faite avec rétention d'usufruit est bonne et valable, et n'est donner et retenir; et est le donataire saisi sans autre appréhension de possession, ledit usufruit fini. »

La coutume de Touraine, art. 240, nous présente les mêmes dispositions : « Le donataire doit avoir la possession *par la main de l'héritier*, si le donateur ne lui en a baillé la possession de son vivant, ou que par le contrat, il y avait clause de constitut, précaire, rétention d'usufruit, ou autre équipollente à tradition; ès quels cas ledit donataire, soit noble ou roturier, mari ou femme survivant, sera et demeurera saisi, et pourra former complainte pour les choses données, contre l'héritier et tout autre. »

Même décision dans la coutume de Lodunois, chap. 25, art. 2 : « Le donataire doit avoir possession de la chose à lui donnée par la main de l'héritier, si le donateur ne lui en a baillé en sa main la possession. »

C'est ce qu'établit encore la coutume d'Anjou, art. 341 : « Tout donataire doit être saisi par les mains de l'héritier du donneur, sinon que le donneur lui en ait baillé la possession sa vie durant. » — Suivant cet article, le donataire doit demander la possession à l'héritier, lorsqu'il ne l'a pas reçue du donateur. Mais dès qu'il l'a reçue du donateur, soit par tradition feinte, soit par tradition réelle, il est véritablement possesseur. Ce n'est donc que dans le cas où il n'y a eu aucune tradition, soit réelle, soit feinte, que le donataire est tenu de demander la délivrance à l'héritier. Dumoulin en fait expressément la remarque dans son Apostille sur cet article.

La disposition de l'art. 353 de la coutume du Maine est entièrement semblable.

Ainsi, sans compter un grand nombre de coutumes de la ci-devant Picardie et de la ci-devant Belgique, dont on retracera ci-après les dispositions, en voilà déjà cinq dans lesquelles on suivait exactement, avant le Code Napoléon, la loi 35, *C. de Donationibus*, aux termes de laquelle tout héritier est tenu d'exécuter la Donation qui ne l'a pas été du vivant du donateur.

2°. Les coutumes de Paris, d'Orléans, de Châlons, de Blois, et quantité d'autres, en établissant le principe *donner et retenir ne vaut*, en tirent deux conséquences : l'une, que la Donation est nulle, si le donateur s'est conservé le pouvoir de la révoquer; l'autre, que, quoique obligatoire contre le donateur, elle ne produit cependant aucun effet *contre son héritier*, lorsqu'il n'a été fait de son vivant, ni tradition réelle, ni tradition feinte, des objets donnés.

De ces deux conséquences, la première tient, comme on l'a vu plus haut, à la nature de la Donation entre-vifs.

En est-il de même de la seconde? Cette question est assez indifférente pour les coutumes citées : elles s'expliquent sans équivoque, et leur disposition, quel qu'en soit le motif, doit être respectée. Mais comme on a quelquefois voulu étendre cette disposition à des coutumes absolument muettes sur cette matière, il est très important de savoir si elle doit être considérée comme une décision purement arbitraire, et par conséquent locale, ou si elle dérive de la nature des Donations.

Il est généralement reconnu, dans les coutumes dont nous parlons, que, malgré le défaut de tradition, la Donation qui est d'ailleurs conforme aux lois, est valable entre le donateur et le donataire; qu'elle produit, de la part du donateur, l'obligation d'accomplir la Donation; et qu'elle assure une action au donataire pour se faire délivrer la chose donnée. La Donation subsiste donc avant la tradition; elle est donc parfaite dans la forme, puisqu'elle produit obligation et action. La tradition même faite à un tiers, au mépris de la Donation, ne lui porte pas d'atteinte, puisqu'elle n'éteint ni l'obligation du donateur ni l'action du donataire. Tant que le donateur vit, il est lié; et le donataire peut le contraindre à remplir son engagement, soit en nature, s'il possède la chose donnée, soit en équivalent, s'il en a perdu la possession. Tels sont les principes établis, non seulement par le droit écrit et par les coutumes de Bourbonnais, de Touraine, du Lodunois, d'Anjou et du Maine, mais encore par les coutumes de Paris, d'Orléans, de Blois et de Châlons.

La nature des contrats se manifeste par les effets qu'ils produisent entre les parties contractantes. Ici, pour trouver une nullité par défaut de tradition, il faut considérer d'autres personnes que les contractans. Ce n'est donc pas de la nature de la Donation, que dérive, dans ces dernières coutumes, le droit qu'elles attribuent aux héritiers du donateur, de faire annuller la Donation qui n'a pas été suivie de tradition avant sa mort. En effet, il peut arriver qu'une nullité établie respectivement à d'autres que les contractans, influe sur la nature du contrat, mais non

Digitized by Google

pas qu'elle en dérive ; qu'elle change en quelque chose cette nature, et qu'elle l'altère, mais non pas qu'elle en soit une conséquence. La Donation entre-vifs étant parfaite entre le donateur et le donataire, malgré le défaut de tradition, la nullité relative aux autres qui résulte de ce défaut dans les coutumes citées, ne peut donc pas être déduite de la nature des Donations, c'est-à-dire, la rendre autre qu'elle ne serait, si la loi n'avait pas annulle la Donation pour la cause dont il s'agit. — Examinons quelle influence cette nullité peut avoir, dans les pays où elle est reçue, sur la nature des Donations entre-vifs.

On convient que c'est pour favoriser les héritiers du donateur, que la nullité résultante du défaut de tradition, y a été introduite. Il est donc bien naturel de commencer par rechercher comment la nullité, en tant qu'elle est relative à eux, peut influer sur la nature des Donations ; et il ne faut pas faire de profondes réflexions pour juger que la nullité considérée sous ce point de vue, ne peut influer sur la nature des Donations, que pour les rendre résolubles. — Quand on se concentre dans ce qui regarde uniquement les héritiers du donateur, on ne peut apercevoir qu'une nullité qui survient au moment de son decès. En considérant ce que la Donation était à l'égard du donateur et ce qu'elle est à l'égard de ses heritiers, on voit que la Donation qui était valable, a cessé de l'être ; qu'elle a existé et qu'elle a perdu son existence. Mais dans cette résolubilité des Donations par défaut de tradition, on n'aperçoit que l'effet arbitraire de la loi qui a voulu favoriser les héritiers du donateur. La loi peut s'être déterminée par des motifs à leur faire cette faveur ; mais ses motifs sont relatifs à l'intérêt des héritiers, et *non pas* à la nature des Donations entre-vifs.

Les raisons qu'on allègue pour établir le contraire, ne sont pas difficiles à réfuter. Ricard en donne deux : — « La règle, (dit-il), qui ne souffre pas que le donateur demeure en possession de la chose donnée, fait comme le sceau et la vérification de la Donation, afin qu'il paraisse qu'elle a été faite sincèrement et sans dissimulation. » — Ce premier motif indiqué par Ricard, n'est rien moins que satisfaisant. — Pour que la Donation soit faite sincèrement et sans dissimulation, il suffit que le donateur s'oblige irrévocablement envers le donataire. Une vente, une convention quelconque, qui a pour objet la translation de propriété, n'est-elle pas faite sincèrement et sans dissimulation, quoiqu'elle ne soit pas encore accomplie par la tradition ? — Ce qui est à prouver, est que la nécessité de la tradition pendant la vie du donateur, exigée par les lois qui régissaient une partie de la France avant le Code Napoléon, est déduite d'une cause qui tient tellement à la nature des Donations entre-vifs, telle qu'elle est déterminée par les principes généraux et par l'ordonnance de 1731, que cette nécessité ait été implicitement étendue aux autres parties du territoire français par les dispositions de l'ordonnance qui ont éclairé et développé ces principes. Il faut donc montrer au moins qu'il y a une différence essentielle, relativement à la tradition, entre la Donation entre-vifs et les autres aliénations : or, c'est ce qu'on ne montre point.

Si Ricard parle d'une dissimulation du donateur à l'égard du donataire, il n'y a point de contrat d'aliénation qui ne soit susceptible d'une dissimulation semblable. Cependant c'est une maxime générale en France, que les contrats d'aliénation sont obligatoires sans tradition ; cette règle comprend même les Donations dans la coutume de Paris et dans les autres semblables qui déclarent la Donation valable sans tradition, entre le donateur et le donataire. La loi aide même la possibilité de cette dissimulation, en permettant dans tout contrat d'aliénation, même dans celui de Donation, de convenir que la tradition sera différée jusqu'à un temps déterminé ou même incertain, *in diem certum vel incertum*. — La dissimulation ne pourrait consister qu'en ce que le donateur se proposerait d'aliéner ou d'affecter à d'autres les biens donnés. Or, cette voie pour tromper l'acquéreur, est ouverte dans tous les contrats d'aliénation ; et s'il y avait des motifs suffisans pour y mettre obstacle dans quelques contrats, ce serait plutôt dans ceux qui se font à titre onéreux, que dans ceux qui sont faits à titre gratuit : mais la loi laisse faire aux parties ce qu'elles veulent. Par ces contrats, l'aliénateur ne transmet pas actuellement la propriété, il s'oblige seulement de la transmettre en livrant la chose aliénée, à moins que par le contrat même, il ne déclare qu'il la possèdera désormais au nom de l'acquéreur. La loi confirme ce que font les contractans ; et si l'aliénateur enfreint son obligation, elle le punit en l'obligeant de payer à l'acquéreur la valeur de la chose aliénée, et ce qu'il lui importe de n'en être pas privé. — Il est évident qu'on ne saurait trouver, à cet égard, aucune différence entre les conventions à titre gratuit et celles à titre onéreux, si l'on considère seulement la nature des divers contrats d'aliénation, telle qu'elle est établie par les principes généraux du droit. — Ce que l'ordonnance de 1731 ajoute aux principes généraux en matière d'aliénation, ou ce qu'elle en développe et explique pour ce qui concerne la Donation entre-vifs, est que le donateur ne peut pas faire dépendre de sa seule volonté l'existence ou le profit de la Donation : elle veut que la Donation produise une obligation véritable du côté du donateur, et un droit véritable du côté du donataire, sans néanmoins empêcher les contractans de faire dépendre cette obligation et ce droit, soit de conditions casuelles ou mixtes, soit de conditions dont l'exécution soit au pouvoir et au gré du donataire. Elle n'empêche pas non plus de différer la tradition, même par une clause du contrat ; et elle permet, à plus forte raison, que les contractans demeurent, par leur seule volonté, dans les termes d'obligation de livrer les biens donnés, et de droit de les avoir, si d'autres lois n'annullent pas la Donation par défaut de délivrance. — En deux mots, tout ce qui résulte des principes généraux en matière d'aliénation et de celui de l'ordonnance, c'est que la Donation doit

Digitized by Google

obliger le donateur; et cela tient à la nature de ce contrat.

Mais peut-être Ricard, dans le premier motif qu'il allègue pour rendre raison des coutumes qui annullent les Donations entre-vifs, pour défaut de tradition pendant la vie du donateur, peut-être, disons-nous, Ricard parle-t-il, non de la dissimulation du donateur à l'égard du donataire, mais d'une collusion du donateur et du donataire pour priver les héritiers du donateur, taudis qu'il ne serait pas dépouillé lui-même.

Il s'agit donc d'examiner si le défaut de tradition est contraire à la nature de la Donation entre-vifs, par la simple possibilité que le donateur et le donataire se proposeut de ne pas donner à leur contrat les effets d'une Donation véritablement irrévocable.

Nous avons sous les yeux une consultation des 17 et 22 décembre 1775, signée *Tronchet*, *d'Outremont* et *Aubry*, dans laquelle ces trois célèbres jurisconsultes soutiennent l'affirmative. Voici leurs termes : — « Cette forme de donner (sans réserve directe ni indirecte du pouvoir de disposer, mais sans tradition), pourrait ouvrir la porte à une collusion entre le donateur et le donataire, dont l'objet serait d'éluder la règle *donner et retenir ne vaut*. Le caractère de la Donation est que le donateur préfère le donataire à lui-même et non à ses héritiers. Si le donateur ne s'enlevait pas à lui-même toute faculté directe ou indirecte de disposer de la chose donnée, il pourrait ne donner qu'au préjudice de ses héritiers, en convenant tacitement avec le donataire qu'il ne réclamerait la chose donnée après son décès, qu'en cas qu'il n'en eût pas disposé, faculté qui lui resterait tant qu'il n'aurait pas perdu la possession par une tradition de fait. » — Telle est la couleur que les auteurs de la consultation citée donnent à leur doctrine.

Pour la bien apprécier, commençons par déterminer quelle est la préférence que le donateur doit donner au donataire sur lui-même, par la Donation entre-vifs.

On avoue d'abord que ce n'est pas la jouissance des biens donnés que l'on doit considérer, puisque, suivant les lois romaines et nos coutumes, la Donation n'est pas moins entre-vifs, quoique le donateur se soit réservé cette jouissance sa vie durant.

On ne doit pas non plus avoir égard au ponvoir qu'a, de fait, le donateur avant la tradition, d'enfreindre son engagement, en livrant à un autre ce qu'il s'est obligé de livrer au donataire; car ce pouvoir existe toutes les fois que la tradition n'est pas faite au moment de la Donation; or, nous avons vu que, non seulement le droit romain et les coutumes qui ont adopté ses principes, mais encore la coutume de Paris et toutes celles de la même cathégorie, rendent la Donation valable, avant la tradition, entre le donateur et le donataire. Il ne suffit donc pas que le donateur ait la *possibilité*, il faut encore qu'il ait le *droit* de frustrer le donataire, pour qu'on puisse dire qu'il se préfère à celui-ci, et qu'il ne le préfère qu'à ses héritiers. Ainsi, lorsque le donateur s'interdit le droit de disposer de la chose donnée, il préfère le donataire à lui-même; il est lié; et quoiqu'il puisse violer son obligation quant à la délivrance de la chose donnée, l'effet de la préférence du donataire subsiste, puisqu'il demeure obligé envers lui.—C'est là le seul sens dans lequel on puisse entendre que le donateur doit préférer le donataire à lui-même, pour que la Donation soit entre-vifs.

Il est vrai que si le donateur et le donataire conviennent tacitement que la Donation n'aura d'effet qu'en cas que le donateur n'en dispose pas jusqu'à sa mort, alors le donateur préfère seulement le donataire à ses héritiers; mais c'est par le fait de cette convention, et non par la simple possibilité de la faire, que le donateur se préfère au donataire. Il ne fait sans doute pas cette convention, sans donner atteinte à la nature de la Donation entre-vifs; mais il n'est point pour cela contraire à la nature de la Donation entre-vifs, qu'il y ait possibilité de faire cette convention. — Cette vérité se prouve de plusieurs manières.

En la considérant d'abord dans le point de vue le plus général, il n'y a point d'actes valables contre lesquels les contractans ne puissent faire des conventions tacites qui blessent leur nature; mais la loi n'a point d'egard à cette possibilité, pour déterminer ce que leur nature exige. Il serait même impossible qu'elle y eût égard, puisqu'elle ne pourrait jamais parvenir à régler leur nature de manière à empêcher les conventions tacites contre ce qu'elle aurait réglé. La seule chose qu'elle ait à faire, est de statuer séparément et directement sur les conventions contraires à l'essence des contrats, et c'est ce qu'elle fait. — Si ces conventions lient les parties, elles annullent le contrat dont elles détruisent l'essence, et n'y substituent rien ou forment un autre contrat. Cela a lieu lorsque les conventions ont été faites par un acte separé, comme lorsqu'elles ont été faites par le contrat même. — Si ce sont des conventions tacites qui n'aient pas la force d'obliger, l'acte contre lequel elles sont faites, n'en reçoit aucune atteinte.

Appliquons ces principes à notre sujet. Si le donataire qui convient que le donateur pourra disposer de la chose donnée pendant sa vie, est lié par sa convention, la Donation est nulle; mais si sa convention n'est pas obligatoire, elle ne doit pas plus être considérée que si, sans convention, il souffrait que le donateur disposât et donnât effet à sa disposition. La loi n'a pas d'empire sur sa volonté; elle ne veut pas même en avoir, et elle le voudrait vainement. La tradition ne serait pas un moyen suffisant pour l'empêcher de convenir ou de permettre que le donateur disposât. Dès qu'on suppose l'accord des volontés du donataire et du donateur, la tradition n'en peut pas empêcher l'effet. Si le donateur dispose effectivement, la chose donnée passera, par la volonté des deux, à celui au

Digitized by Google

profit de qui la disposition est faite. — La différence qu'il y a entre l'hypothèse de la tradition faite et celle de la tradition non faite, est que, dans le premier cas, le donateur renonce *à la propriété acquise;* et que, dans le second, il renonce *au droit d'acquérir la propriété.*

Nous ne prétendons pas néanmoins insinuer que la loi ne prenne pas quelquefois des précautions pour empêcher les conventions secrètes par lesquelles on blesserait, dans un esprit de fraude, la nature de certains contrats, ou, en général, pour prévenir des dérogations secrètes à des actes publics. Mais ce qu'elle statue alors n'est point de la nature des contrats; c'est un règlement arbitraire. Elle prend l'une des deux voies qui lui sont ouvertes pour parvenir à ses fins: on elle déclare nulles les conventions secrètes, quoique, considérées en elles-mêmes, elles dussent être valables (c'est ainsi que l'art. 258 de la coutume de Paris annulle les contre-lettres faites à part et hors la présence des parens qui ont assisté aux contrats de mariage); ou elle exige, soit dans les contrats, soit dans leur exécution, des choses qui ne sont pas de leur nature. — Et peut-être est-on fondé à donner pour exemple, la nécessité de la tradition des choses données pendant la vie du donateur, prescrite par la coutume de Paris. Cependant cette nécessité n'est pas une précaution suffisante pour empêcher que le donateur et le donataire ne fassent des contre-lettres qui laissent au donateur le pouvoir de disposer pendant sa vie, soit en lui conférant directement ce pouvoir, soit par des clauses résolutoires de la Donation, qui le lui attribuent d'une manière indirecte; et nos ancêtres ont pu, sans avoir eu en vue de prévenir des fraudes et uniquement pour favoriser les *héritiers du donateur*, établir la nullité des Donations entre-vifs qu'il n'aurait pas consommées par la délivrance.

Quoi qu'il en soit, cette nullité est arbitraire dans les deux hypothèses: soit qu'on la regarde comme une précaution contre des fraudes, ou comme une pure faveur faite aux héritiers du donateur, elle n'est pas une conséquence de la nature de la Donation entre-vifs. On est d'abord obligé de convenir qu'elle est contraire aux principes généraux en matière d'aliénation; et il n'est pas moins évident que l'ordonnance de 1731 ne contient pas un mot qui établisse la nécessité de la tradition pendant la vie du donateur: l'art. 16 pose un principe qui embrasse toutes ses dispositions concernant l'irrévocabilité des Donations entre-vifs; il annulle toutes celles qui sont faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. Les dispositions particulières du même article sont des branches de cette disposition générale, et sont présentées comme telles par la manière dont elles sont conçues. Celles de l'art. 17 ont le même fondement. — Mais l'ordonnance n'a pris aucune précaution pour empêcher que la Donation ou ses effets ne dépendent de la volonté du donataire. — Donc si le donataire ayant, par le contrat, un droit contre lequel la volonté du donateur n'a pas de pouvoir, souffre que le donateur demeure en possession, il ne fait rien en cela qui soit contraire à l'ordonnance. L'existence même de la Donation peut être expressément mise, par le contrat, sous la dépendance d'une condition potestative à remplir par le donataire, sans que l'ordonnance soit violée. A plus forte raison le donataire ne l'enfreint-il pas, lorsqu'il laisse les choses données dans la main du donateur, soit par une simple inaction, soit même en convenant qu'il n'exigera point la tradition pendant sa vie. Il ne peut, à la vérité, ni l'une ni l'autre de ces choses dans le territoire des coutumes de Paris et de celles qui lui ressemblent, sans donner lieu à la nullité relative qu'elles établissent. Mais le législateur ne s'est nullement occupé de ce qui fait la matière de leur disposition; il n'a pris aucun parti entre les deux jurisprudences contraires qui partageaient alors la France; et encore une fois, les coutumes mêmes, en prononçant la nullité, ne l'ont pas fait dériver et n'ont pu la faire dériver de la nature des Donations entre-vifs.

Mais, dit encore Ricard, et c'est son second motif, « la règle qui ne souffre pas que le donateur demeure en possession de la chose donnée...., a aussi pour fondement le bien public et la sûreté du commerce, afin que la connaissance de la possession des domaines ne demeure pas incertaine; et que ceux qui viendront à contracter avec le donateur, et même ses héritiers qui pourraient accepter sa succession, ne voyant aucun changement en la possession de ce qui lui appartient, ne se persuadent pas avoir leur sûreté sur ce qui ne lui appartient plus qu'en apparence. »

Pour répondre à ce second motif, nous commencerons par adopter la première des deux raisons par lesquelles les auteurs mêmes de la consultation déjà citée la réfutent. « Il est impossible, disent-ils, d'attribuer la règle de la tradition de fait à un motif d'intérêt public, tel que celui de la publicité de la Donation. La tradition feinte dont le droit commun de la France se contente, ne pourrait jamais remplir l'objet de l'intérêt public, puisqu'elle n'opère aucun changement public dans la possession, et puisqu'elle ne peut point procurer à la Donation une plus grande publicité que celle qui résulte de l'acte même. »

Ricard voit bien que l'usage de la tradition feinte est incompatible avec les fondemens qu'il donne à la nécessité de la tradition; c'est pourquoi il la réduit lui-même à une forme vaine, qui n'a plus aujourd'hui d'objet, comme l'observent aussi les auteurs de la Consultation; et lorsqu'il lui suppose des fondemens réels, il parle d'un droit ancien qui n'admettait pas de tradition feinte. — Ainsi, la doctrine même de Ricard nous conduit nécessairement à dire qu'il n'y avait pas, sous l'empire de l'ordonnance de 1731, de motifs pour étendre la disposition de la coutume de Paris hors de son territoire.

Nous ajouterons que, si les coutumes qui exigent la tradition, n'admettaient que la tradition réelle,

Digitized by Google

dans cette hypothèse même, le défaut de tradition n'en serait pas plus contraire à la nature de la Donation. Le statut qui requiert la tradition, aurait, nous le supposons, des motifs d'utilité; mais autre chose serait que ce statut fût utile, autre chose qu'il dérivât de la nature de la Donation. Le motif qui a pour objet de rendre les Donations publiques, n'a évidemment nul rapport avec leur nature; et le même motif peut s'appliquer à tous les contrats d'aliénation. Le défaut de tradition réelle des biens vendus ou aliénés, à tout autre titre que de Donation, peut tromper, soit ceux qui contractent avec l'aliénateur, soit ses parens qui acceptent sa succession; et l'on convient cependant que ce défaut n'est pas contraire à la nature de la vente. Les coutumes même qui prescrivent la tradition dans les Donations entre-vifs, ne l'exigent pas dans les autres aliénations. — Ainsi, non seulement le motif de publicité ne rend pas le défaut de tradition contraire à la nature de la Donation, mais il n'est pas même concluant pour la nécessité de la tradition, abstraction faite encore de ce que l'usage de la tradition feinte rend ce motif absolument illusoire.

Nous pourrions faire là-dessus beaucoup d'autres réflexions; mais elles nous mèneraient trop loin; et, sans nous arrêter davantage, tirons la conséquence de tout ce que nous avons dit: c'est que la nécessité de la tradition devant être un corollaire de la nature de la Donation, telle qu'elle est établie par les principes généraux du droit, pour pouvoir être étendue à la partie de la France dont les lois particulières ne l'exigent point; le système d'extension de cette nécessité ne peut être soutenu, puisque nous avons amplement prouvé qu'on ne peut véritablement la fonder sur la nature de la Donation entre-vifs.

3°. Si la coutume de Paris déroge aux principes, en exigeant pour la validité de la Donation que le donateur soit dépossédé avant sa mort, il y en a d'autres qui portent la dérogation bien plus loin, en interdisant au donateur jusqu'à la faculté de se réserver l'usufruit, la simple jouissance, de ce qu'il donne.]]

[Celle d'Anjou, art. 345, déclare nulles les Donations faites par père ou mère à leurs bâtards, si du vivant et pendant la santé du donateur, ils n'en sont mis en possession réelle et actuelle, et qu'ils n'en jouissent dès-lors.

La coutume de Lorraine, tit. 10, art. 3, porte que les Donations des propres ou anciens, faites autrement que par contrat de mariage, sont nulles, lorsque le donateur retient l'usufruit. « Il faut (dit-elle), que le donataire soit, réellement et de fait, jouissant de la chose donnée, à peine de nullité de la Donation. »

La coutume de la Marche, art. 309, exige pareillement une tradition réelle pour les Donations faites par forme de quotité, et conséquemment universelles; voici ses termes: « Celui qui est de franche condition, qui n'a enfans descendans de lui, peut donner à aucun de ses parens, de quelque côté qu'il soit, tous ses propres heritages ou partie d'iceux, par Donation entre-vifs, posé qu'il ait autres plus proches parens que ceux à qui il fait telle Donation, pourvu qu'il y ait bail de possession réel et actuel, si la Donation est faite *per modum quotæ*; mais si c'est chose particulière, il suffit possession fictc.... »

D'après cette disposition, on ne doute pas, dans la coutume de la Marche, que la rétention d'usufruit ne soit insuffisante pour suppléer à la tradition réelle et de fait, qui est essentiellement requise dans les Donations universelles. Mais c'est une question, si elle peut y avoir lieu conjointement avec une tradition de ce genre, ou si l'on doit y regarder comme nulle toute Donation dans laquelle le donateur s'est reservé l'usufruit, quoique de son vivant le donataire ait pris possession réellement et de fait de la chose donnée.

Cette question s'est élevée peu de temps avant l'ordonnance de 1731, au sujet d'une Donation universelle que la dame de Chabannes avait faite aux sieurs de Friçon, ses parens du côté paternel. La donatrice s'était réservé l'usufruit, et les donataires avaient pris possession réelle et actuelle des choses données. — Après la mort de la première, le sieur des Marquets de Céré, plus proche parent que les seconds, demanda que la Donation fût declarée nulle. Cette Donation n'excedait pas la faculté que la coutume de la Marche accorde; mais il prétendait que la donatrice et les donataires n'avaient pas rempli une condition essentielle que cette coutume exige. Il soutenait que la prise de possession que la coutume demande, n'est pas une simple formalité; mais que du jour de la Donation, il faut se mettre et rester en possession réelle, en jouissance actuelle et effective des choses données; et que rien n'est plus contraire à cette condition que la retention d'usufruit. — Les donataires répondaient: — De droit commun, toute Donation est valable, quoiqu'elle ne soit accompagnée que d'une tradition que nous appelons feinte. Elle se fait, dans presque toutes nos coutumes, par la reserve d'usufruit, par le constitut ou par le précaire. — Quelques unes de nos coutumes n'ont pas jugé que la tradition par la réserve de l'usufruit, fût assez publique; elles ont exigé des formalites, et elles ont fait dépendre la validite de la Donation, de l'execution des conditions qu'elles imposent. Quelques unes ont établi le vest et le dévest, la saisine et dessaisine; mais ces formalités qu'elles exigent, ne sont point incompatibles avec la rétention d'usufruit; elles n'ont d'autre objet que de rendre la Donation plus publique; et aucune ne demande qu'il soit interdit au donateur de jouir pendant sa vie de la chose donnée. — La rétention d'usufruit est de droit commun; pour s'en écarter, il faudrait être fondé sur une disposition précise de la coutume. On ne peut opposer au droit commun, qu'un texte clair et précis d'une coutume; s'il est obscur, on est obligé de l'interpréter conformément au droit commun. De sorte que dans les coutumes mêmes qui établissent le vest et devest,

Digitized by Google

la saisine et dessaisine, il n'est point interdit au donateur de se réserver l'usufruit; les donataires sont seulement obligés de faire un acte de possession corporelle; et elles n'exigent pas qu'ils soient tellement en possession, que le donateur ne puisse recevoir les fruits. — La coutume de la Marche demande, comme quelques autres, plus que la tradition feinte; mais il est question de savoir si, par la condition qu'elle établit, elle veut que le donataire soit dans une possession réelle, et si elle interdit la réserve d'usufruit au donateur; ou si le *bail de possession réel et actuel* n'est autre chose qu'un acte authentique de prise de possession. — 1° Les termes de *réel* et d'*actuel*, tels qu'ils sont dans l'article, se rapportent au mot *bail*, et non au mot *possession*; la coutume demande un acte qui rende la prise de possession publique et par conséquent la Donation et non une possession réelle et actuelle. Si on était en peine de savoir ce que signifie le mot *bail*, il est expliqué dans l'art. 263 de la même coutume. Cet article porte que, pour faire courir l'année du retrait, il faut que la possession que prend l'acquéreur, soit publique; et que pour la rendre telle, il faut qu'il prenne possession en presence de deux témoins de la paroisse, et d'un notaire. Brodeau, dans ses notes, publiées avec la dernière édition du Coutumier général, interprète le mot *bail* de l'art. 309 de la coutume de la Marche, par l'explication que l'art. 263 en donne. — Il est vrai que la coutume de la Marche impose aux Donations universelles une condition dont elle affranchit celles de choses particulières; mais cette condition n'est pas la nécessité de faire jouir le donataire de la chose donnée, c'est celle de lui faire prendre possession; et quoique ce qui les rend différentes, ne soit que la prise de possession, elles le sont toujours beaucoup, puisque dans les Donations de choses particulières, il suffit d'une tradition feinte, et que dans les autres, la tradition doit être reelle.—Si la coutume de la Marche eût voulu que le donataire eût joui pendant la vie du donateur, elle l'eût marqué précisement, ou elle eût interdit la rétention d'usufruit. On ne peut pas supposer cette interdiction dans une coutume qui ne la porte pas; la retention d'usufruit *est de droit commun*. Et d'ailleurs, il est bien difficile de penser que dans une coutume qui permet de disposer de tous ses biens entre-vifs, il ne soit pas permis de s'en réserver l'usufruit; la faculté de disposer deviendrait inutile, puisque pour l'exercer, il faudrait s'exposer à être entièrement dépouillé, ou à dependre du donataire. Ainsi, toute coutume qui autorise les Donations entre-vifs universelles, permet en même temps et nécessairement de se réserver l'usufruit. Si dans la coutume de la Marche, on peut se réserver l'usufruit, le bail de possession actuel et réel qu'elle demande, est seulement une prise de possession authentique, et non une possession reelle on corporelle. — *En conséquence de ces moyens*, dit Lépine de Grainville, *la Donation fut déclarée valable*, par arrêt du 2 août 1730.

V. Seconde classe. Les coutumes qui exigent, pour la perfection d'un acte de libéralité entre-vifs, une tradition opérée par dessaisine et saisine, déshéritance et adhéritance, vest et dévest, ont des différences considérables, tant sur la forme que sur le fond.

Ces différences, en ce qui concerne la forme, sont peu importantes, et leur explication nous jetterait dans de trop grands détails. *V.* d'ailleurs *Devirs de loi.*

Au fond, 1° quelques unes admettent l'appréhension de fait, ou, ce qui est la même chose, la possession réelle, comme pouvant suppléer à la dessaisine et saisine. Telle est celle de Senlis, art. 212.

2° D'autres établissent que la jouissance de dix années equipolle à la formalité du nantissement: telle est celle de Vermandois. *V. Nantissement.*

3° Quelques unes n'exigent la dessaisine et saisine que pour une certaine espèce de Donations.

4° Mais la plus remarquable de toutes ces différences est celle qui tombe sur l'effet que produit envers l'héritier du donateur, l'omission de cette formalité ou de ce qui en tient lieu.

VI. Quelques unes de ces coutumes, telle que celle de Senlis, art. 212, exigent expressément que la saisine soit prise du vivant du donateur; et par là supposent nécessairement que le défaut de saisine prise du vivant du donateur, annulle la Donation au profit des héritiers. C'est aussi ce qui a été jugé dans la coutume de Senlis, par un arrêt que nous rapportons sous le mot *Nantissement*, §. 1.

L'art. 8 du tit. 3 de la coutume de Cambrésis déclare nulles les Donations de meubles dont la tradition ne se fait pas actuellement, et ne parle pas des immeubles. Mais l'usage de la province est que toute Donation de biens de cette dernière espèce est nulle, quand elle n'a pas été réalisée du vivant du donateur. C'est du moins ce qu'a jugé le parlement de Flandre par arrêt du 28 novembre 1776, au rapport de M. Remy Desjardins, entre le sieur Goulart, appelant de l'officialité de Cambrai, et Jean-Baptiste Pascal. J'écrivais pour celui-ci, et c'est en sa faveur que l'arrêt a été rendu.* — La même chose avait été prejugée par arrêt du 7 août 1771, au rapport de M. de Curgies, en ce que sur la demande en nullité d'une Donation d'immeubles, on avait admis les parties à faire preuve de l'usage sur un point relatif à la validité ou nullité des devoirs de loi.

Précédement encore, un arrêt du 4 août 1769, rendu au rapport de M. de Curgies, en faveur du nommé Queulain, avait annullé la Donation d'un fief situé à Marcoing, village du Cambrésis, sur le fondement que les devoirs de loi faits pour en opérer la réalisation, étaient nuls.

VII. Dans les coutumes dont il s'agit, ne peut-on pas suppléer par une clause de rétention d'usufruit, ou de constitut et de précaire, à la tradition par devoirs de loi? Non, car les pays de nantissement ne connaissent plus aucune des traditions feinte

Digitized by Google

tes qui avaient été introduites par le droit romain.

Le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par l'arrêt du 28 novembre 1776, que l'on vient de citer, quoique la coutume de Cambrai dans laquelle il a été rendu, autorise ces sortes de traditions pour les meubles, et garde le silence sur les immeubles. La même chose a été décidée dans la coutume de Vermandois par un arrêt du 13 août 1686, rendu en la troisième chambre des enquêtes du parlement de Paris. (1)

On a même voulu soutenir qu'une Donation réalisée par des devoirs de loi était nulle, parcequ'elle renfermait une clause de retention d'usufruit au profit du donateur, qui était resté en possession des biens donnés jusqu'à sa mort. Mais ce système a été proscrit par un arrêt du parlement de Flandre rendu le 27 juillet 1771, au rapport de M. Remy Desjardins. Il s'agissait de biens situés dans l'échevinage de Douai, et donnés par le sieur Hattu à la demoiselle de Valicourt. Le donateur s'en était réservé l'usufruit; et la donataire avait fait reconnaître son contrat par-devant les échevins, formalité qui opère la réalisation dans la coutume de cette ville, comme on l'a vu au mot *Devoirs de loi*. La demoiselle Becquet de Mégille, héritière *ab intestat*, prétendit que la réserve d'usufruit devait annuller la Donation, parceque *donner et retenir ne vaut*. C'était assurément faire une mauvaise application de cette maxime: elle defend à la vérité de retenir la propriété, mais non la jouissance de ce qu'on donne; or, le sieur Hattu n'avait retenu jusqu'à sa mort que la jouissance des biens qu'il avait donnés : la propriété en avait passé à la donataire par le moyen des œuvres de loi. Aussi l'arrêt cité a-t-il débouté la demoiselle Becquet de sa demande en nullité de la Donation. Et en cela, il s'est conformé au droit commun de la Flandre, manifesté par les coutumes du Bourg de Bruges, rubr. 11, art. 7; de la châtellenie de Bailleul, rubr. 14, art. 7; de Furnes, rubr. 20, art. 19; de Tenremonde, rubr. 9, art. 1; et de Bergues-Saint-Winock, rubr. 16, art. 1.

VIII. Mais il reste une question sur cette matière : c'est de savoir si dans la coutume de Cambresis et dans celles qui ont la même disposition ou le même esprit, les Donations faites par contrat de mariage, soit aux futurs époux, soit aux enfans à naître, sont sujettes, comme les autres, à la nécessité de la tradition par devoirs de loi.

La négative nous paraît au-dessus de tous les doutes. Les principes qui la justifient, sont même consacrés implicitement par l'art. 17 de l'ordonnance de 1731; écoutons Sallé sur ce texte:

« Tous nos auteurs français se réunissent pour attester la vérité de cette maxime, que la tradition, si indispensable en général dans toutes les Donations, n'est point nécessaire, selon notre usage, à l'egard des Donations faites par contrat de mariage. Ce principe est fondé sur deux raisons principales : l'une, que les contrats de mariage sont de droit public, et qu'on ne peut trop favoriser des actes qui sont le principe de la société, ni donner trop de facilité aux parens pour les engager à établir leurs enfans; l'autre raison, c'est que, lorsqu'ils les marient, ils pensent à leur postérité, et qu'il est conséquemment dans l'ordre qu'ils fassent alors des arrangemens pour leur succession. Ainsi, les contrats de mariage participent en même temps de la nature des actes entre-vifs et de celle des dispositions testamentaires : et quoiqu'ils soient revêtus de la forme des actes entre-vifs, ils contiennent néanmoins toujours des dispositions qui n'ont effet qu'après la mort des conjoints, et très souvent des dispositions qui ne doivent être accomplies qu'après la mort de leurs parens. D'ailleurs, quoique les dispositions, soit entre-vifs, soit à cause de mort, que les contrats de mariage contiennent, soient des actes de libéralité, *elles sont aussi en un sens de véritables conventions*, parcequ'un contrat de mariage est un vrai traité entre les deux familles qui s'unissent. C'est pourquoi, réunissant les prérogatives des actes entre-vifs, celles des dispositions à cause de mort et celles des conventions, il n'est pas surprenant que la nature d'un pareil acte l'ait fait affranchir de plusieurs des règles qui n'ont lieu que pour les Donations entre-vifs seulement, ou pour les seules dispositions à cause de mort, ou pour les conventions ordinaires. — Ces prérogatives accordées aux contrats de mariage, remontent parmi nous presqu'à l'origine de la monarchie : nous en trouvons des vestiges dans la plus ancienne de toutes nos lois, qui est la loi Salique..... Ainsi, notre ordonnance n'a fait autre chose qu'ériger en loi un usage déjà constant dans toute la France. »

Il est donc bien constant que la tradition n'est point requise pour la validité intrinsèque, mais seulement pour la réalisation, des Donations par contrat de mariage. — Et bien loin que la coutume de Cambresis déroge sur ce point au droit commun, elle manifeste au contraire, par une disposition textuelle, l'intention de s'y conformer. Voici ce qu'elle porte, tit. 3, art. 8 : « Simple Donation de chose mobilière faite entre-vifs, sans bailler et délivrer actuellement la chose donnée au donataire, que le donateur la retient en sa possession n'est valable sinon.... par traité de mariage. »

Il ne s'agit, comme on voit, dans ce texte, que des Donations de choses mobilières; mais ce qu'il en dit, par rapport à la tradition de fait, reçoit une application directe et entière aux devoirs de loi en matière de Donations d'immeubles : car les devoirs de loi ne sont, pour les immeubles, que l'image et le symbole de ce qu'est la tradition de fait pour les meubles. C'est même uniquement par cette manière de raisonner, que j'ai fait rendre l'arrêt du 28 novembre 1776, dont j'ai parlé ci-devant; j'ai dit alors : « La coutume regarde la tradition de fait comme essentielle à la validité intrinseque des Donations d'effets mobiliers; or, le nantissement est

(1) Il y a sur cet arrêt une observation bien importante à l'article *Nantissement*, §. 1, vers la fin.

Digitized by Google

aux biens fonds, ce qu'est aux meubles la tradition de fait; donc le nantissement est aussi nécessaire à la validité intrinsèque des Donations de biens fonds, que la tradition de fait aux Donations de meubles. » Ce raisonnement simple a réuni en 1776 tous les suffrages de la cour, et en y ajoutant un mot il décide la question qui nous occupe actuellement : il suffit de dire : « La coutume dispense les Donations de meubles par contrat de mariage, de la nécessité de la tradition de fait; or, on vient d'établir, et l'arrêt de 1776 a jugé que le nantissement est aux immeubles ce qu'est la tradition de fait aux effets mobiliers; donc l'esprit de la coutume est que les Donations d'immeubles par contrat de mariage vaillent sans nantissement et produisent au moins une action personnelle pour forcer le donateur ou ses héritiers à se déshériter, ou payer l'equivalent du bien donné. »

C'est aussi ce qu'ont jugé deux arrêts bien précis.

Jean Haisk et Marie-Françoise Seiller avaient fait un contrat de mariage le 27 juin 1685; et, par cet acte, le premier avait donné à la seconde, en cas de survie, la moitié d'une maison qu'il possédait au Câteau-Cambrésis. Après la mort du mari, les nommés Le Bieu, ses héritiers, prétendirent jouir de cette moitié de maison, sous prétexte que d'un côté le contrat de mariage n'avait point été réalisé; et que de l'autre, la veuve avait accepté la communauté mobilière, et, par conséquent, confondu en elle-même son action pour l'equivalent du bien donné (*V. Confusion*, §. 3). Sur leur demande, il intervint au siège de l'official-juge ordinaire de Cambrai, une sentence du 29 mai 1699, dont la veuve interjeta appel; et par l'arrêt du 30 mars 1700, la cour voulant à la fois terminer la contestation particulière qu'elle avait à juger, et faire connaître à toute la province le point de jurisprudence d'après lequel elle s'était décidée, prononça de cette manière : « La cour, faisant droit par son jugement et arrêt, a mis et met l'apellation et sentence dont est appel, au néant : émendant, a ordonné et ordonne aux intimés de payer à l'appelant la valeur et estimation de la moitié de la maison dont il s'agit au procès, si mieux ils n'aiment lui en délaisser la propriété, et passer à ce sujet les œuvres de loi nécessaires en conformité du contrat de mariage du 27 juin 1685; condamne les intimés aux dépens tant de la cause principale, que de celle d'appel. »

L'autre arrêt est plus récent. Pierre-Nicolas de Barres avait épousé une demoiselle dont le sieur Chastelain était l'héritier présomptif, et qui possédait des biens assez considérables dans la partie de la coutume de Cambrésis qui est dépendante du baillage du Quesnoy. Leur contrat de mariage contenait la clause suivante : « En considération dudit mariage, et pour la parfaite amitié que lesdits sieur et demoiselle futurs époux se portent, ils se sont mutuellement et réciproquement fait pas ces présentes, Donation entre-vifs et irrévocable en meilleure forme que Donation peut valoir, au survivant d'eux, ce acceptant respectivement, de tous les biens généralement quelconques, meubles, immeubles, acquêts, conquêts et propres, qui se trouveront appartenir au premier mourant d'eux, en quoi que lesdits biens puissent consister, à quelques sommes qu'ils puissent monter, et en quelques lieux et endroits qu'ils soient dus et situés, pour, par ledit survivant, jouir, faire et disposer de l'universalité desdits biens en toute propriété. » — La dame des Barres étant morte la première, son mari s'est mis en possession des biens qu'elle avait laissés dans l'étendue de la coutume de Cambrésis. — Aussitôt, procès en délaissement de la part du sieur Chastelain. Il disait, en argumentant d'après l'art. 1er du tit. 5 de la coutume de Cambrésis, que le contrat de mariage du sieur des Barres n'avait point été revêtu du sceau des devoirs de loi; que par conséquent la Donation qu'il contenait, ne pouvait être d'aucun effet; qu'en tout cas, s'il produisait une action en équivalent, le sieur des Barres la confondait en lui-même, attendu qu'il avait recueilli tous les meubles de son épouse. — Eblonis par l'art avec lequel ces moyens étaient présentés, les officiers du bailliage du Quesnoy, par sentence du 18 octobre 1779, ont déclaré la Donation des immeubles régis par la coutume de Cambrai, nulle et caduque, et ont condamné le sieur des Barres à la restitution des fruits perçus avec dépens. — Appel au parlement de Flandre. Là, il n'a fallu pour dissiper le prestige de la défense du sieur Chastelain, qu'anatomiser chacune de ses propositions, en présenter succinctement l'analyse, et mettre sous les yeux de la cour le véritable esprit de la coutume. C'est aussi ce qu'a fait le sieur des Barres; et par arrêt du 13 août 1781, rendu au rapport de M. de Ranst-de-Berchem, la cour, copiant presque littéralement son arrêt du 30 mars 1700, a prononcé en ces termes : « La cour a mis et met l'appellation et la sentence dont a été appelé, au néant; émendant, ordonne audit Chastelain de payer audit des Barres la valeur et estimation des biens dont il s'agit au procès, si mieux il n'aime lui en délivrer la propriété, et passer à ce sujet les devoirs de loi nécessaires; le condamne aux dommages-intérêts et aux dépens, tant de la cause principale que de celle d'appel. »

L'at. 1 du tit. 5 de la coutume, dont nous avons dit que le sieur Chastelain se prévalait, est conçu en ces termes : « Héritages tant fiefs que main fermes, ne se peuvent valablement vendre, échanger, *donner*, arrenter, charger ou hypothéquer, ni aucunement aliéner, sinon par en faire et passer devoirs de loi, de déshéritance et dessaisine ou rapport solemuel.... *sans lesquels devoirs de loi, ne se peut par contrat transférer ou acquérir droit de propriété incommutable.* » — Le sieur Chastelain concluait de cet article, que toute obligation tendante à aliéner ou charger des immeubles soumis à la coutume de Cambrésis, était nulle, si elle n'avait pas été suivie de déshéritance ou dessaisine; et de là il tirait la conséquence qu'il ne pouvait être tenu, en sa qualité d'héritier de la dame des Barres, d'accomplir les obligations de la défunte, qu'autant

Digitized by Google

qu'elles auraient été revêtues des formalités du nantissement.

On m'a opposé le même argument dans un procès que j'avais en mon nom au siège de l'official juge ordinaire de Cambray, comme defendeur en délaissement de biens qui m'avaient été vendus par une veuve à qui son mari en avait fait Donation par un contrat de mariage non réalisé. — Voici de quelle manière j'y ai répondu :

« Qu'est-ce que le *nantissement*, ou, en d'autres termes, qu'est-ce que l'ensemble, le complément et le résultat des formalites qu'on appelle tantôt *vest et dévest*, tantôt *dessaisine et saisine*, tantôt *déshéritance et adhéritance*, tantôt enfin, *mise de fait* ou *main-assise?* C'est l'image et le symbole de la tradition reelle et de fait qui a lieu de droit commun. Chez les Romains, c'etait la tradition reelle et de fait qui transférait la propriete; parmi nous, c'est le nantissement seul. Ce n'est point qu'il differe essentiellement de la tradition réelle et de fait; non, il n'en est, comme nous l'avons dit, que la représentation : nos ancêtres ont substitue l'un à l'autre, parceque la tradition de fait étant secrète, peut occasionner bien des fraudes; et que la tradition par devoirs de loi, prévient tous les inconvéniens par la publicité qui en est l'ame. — Or, de droit commun, et suivant toutes les lois romaines, la tradition de fait n'est essentiellement requise dans aucun acte; elle forme à la vérité le complement de chaque contrat, en lui donnant l'exécution; mais le defaut de tradition n'est jamais une nullité, et n'empêche pas que l'acte ne produise une action personnelle contre celui qui l'a signé et contre ses heritiers. Il en doit donc être de même du nantissement. — La chose est d'autant moins susceptible de doute, que la disposition de la coutume de Cambresis, dont l'adversaire fait usage, ne fait précisement qu'appliquer aux formalités du nantissement, une maxime que le droit romain avait établie par rapport à la tradition de fait. En effet, la loi 20, *C. de Pactis*, porte que ce n'est point par de simples contrats, mais par la tradition que l'on transfere la propriété des choses : *Traditionibus dominia rerum non nudis pactis, transferuntur.* — L'art. 1 du tit. 5 de la coutume de Cambrésis n'est, pour ainsi dire, que l'echo de cette loi. Il n'annulle point l'acte d'aliénation en lui-même, il declare seulement que l'on ne peut pas, sans œuvres de loi, acquérir par contrat la propriété incommutable d'un immeuble : *sans lesquels devoirs de loi ne se peut par contrat transférer ou acquérir droit de propriété incommutable en aucun héritage.* Voilà bien la répétition exacte et presque littérale de ces termes de la loi citée, *Dominia rerum non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur.* — Le mot *incommutable*, sur-tout, mérite une attention singulière, et confirme bien evidemment ce que nous avançons. C'est comme si la coutume disait : On ne peut acquerir des droits reels que par les devoirs de loi : ce n'est pas cependant que je defende de vendre, d'acheter, de donner des immeubles, sans en employer les formalités; mais je veux qu'en ce cas l'on ne puisse pas se prévaloir d'un droit réel, d'une propriété incommutable; et que l'on courre le risque d'être évincé par un second acquéreur, s'il était adhérité le premier. — Encore une fois done, la coutume de Cambrésis ne dit rien de plus sur la necessité des devoirs de loi, que le droit romain sur l'indispensabilité de la tradition de fait; et puisque le droit romain n'empêche pas les contrats non suivis de tradition de fait, de produire une action personnelle, soit contre ceux qui les ont passés, soit contre leurs héritiers, il faut nécessairement qu'il en soit de même des devoirs de loi, dans la coutume de Cambrésis. — Cette conséquence acquerra une nouvelle force, si à la preuve que la coutume dont il s'agit ne s'exprime pas autrement sur les devoirs de loi, que le droit romain sur la tradition de fait, on joint la considération que cette même coutume renvoie à la décision du droit romain les cas qu'elle n'a point prévus : car il résulte nécessairement de là, que nous devons appliquer à notre coutume les dispositions des lois civiles qui soumettent à une action personnelle ceux qui ont passé des contrats non suivis de tradition de fait, et comme elles, ne faire à cet égard aucune distinction entre ces personnes et leurs héritiers. — Nous n'avons pas même besoin de recourir au droit romain pour établir cette vérité. L'article de la coutume que nous oppose l'adversaire, met sur la même ligne et fait marcher d'un pas égal la vente, l'échange, la Donation, l'arrentement : *héritages tant fiefs que main-ferme ne se peuvent vaillablement vendre, donner, échanger, arrenter.... sinon par en faire et passer devoirs de loi.* Or, y a-t-il quelqu'un qui osât dire qu'une vente serait nulle, si elle n'était pas revêtue des formalités du nantissement? Elle ne donnerait point un droit réel et incommutable à l'acquereur, cela est sans difficulté; mais elle lui assurerait certainement une action en dommages-interêts ou d'*équivalent*. La coutume elle-même le decide ainsi, tit. 21, art. 1, en déclarant que l'on ne peut résilier une vente avant la passation des devoirs de loi, qu'en payant les dommages et interêts. — On dira sans doute qu'il y a sur ce point une grande différence entre les Donations et les autres actes; que dans ceux-ci, le nantissement n'est point essentiel à la validité intrinsèque; mais que dans celles-là, il n'y a pas même d'action personnelle contre les héritiers du donateur, sans devoirs de loi. — Ceci demande une discussion particulière. Dans l'ancien droit romain, les Donations par simples pactes ne produisaient aucun effet; la tradition y était essentiellement requise, et elle en faisait en quelque sorte l'ame. Justinien a abrogé cette jurisprudence, par la loi 35, *C. de Donationibus*, suivant laquelle les Donations entre-vifs sont parfaites et obligatoires, tant contre les donateurs que contre leurs héritiers, en vertu de la seule convention, quoique non revêtue de la forme de la stipulation, et sans qu'il y intervienne de tradition actuelle. — Cette loi a été reçue dans les pays de droit écrit et dans plusieurs coutumes, telles qu'Amiens, Lille,

Digitized by Google

la châtellenie de Lille, Douai, la gouvernance de Douai, Boulonnais, etc. — Mais un grand nombre d'autres coutumes ont fait revivre les principes de l'ancien droit romain sur la nécessité de la tradition entre-vifs par simples pactes; et oubliant que l'ancien droit romain lui-même validait les Donations entre-vifs par stipulations, oubliant que, dans nos usages, il n'y a entre les stipulations et les pactes, aucune espèce de différence, elles ont établi que l'expropriation du donateur est essentielle pour les faire valoir contre ses héritiers; et comme on ne peut s'exproprier dans les pays de nantissement que par des devoirs de loi, il est résulté de là, que dans ces provinces les devoirs de loi sont nécessaires à la validité intrinsèque des Donations entre-vifs. — Mais cette règle n'a lieu que pour les Donations ordinaires; elle ne s'étend pas jusqu'à celles qui sont faites par contrat de mariage, etc. »

Sur ces raisons, j'ai obtenu le 27 novembre 1781, une sentence contradictoire, qui a débouté l'héritier du mari donateur, de sa demande en nullité de la Donation faite à ma venderesse, lui a ordonné de m'en passer les devoirs de loi, et l'a condamné aux dépens.

A ces jugemens si précis et si formels, interve-nus dans la coutume de Cambrésis, ajoutons-en deux que le parlement de Paris a rendus pour les coutumes de Chaumont et de Valois. Nous parlons d'après Denisart au mot *Tradition*.

« Dans la coutume de Chaumont, qui, par l'art. 76, exige que le donateur se dessaisisse, et que le donataire soit saisi, savoir, des terres féodales par la réception en foi, des terres censuelles par l'ensaisinement, et des choses alliodales par une prise de possession, on juge que les Donations, par contrat de mariage, sont exceptées de cette règle. Le bailliage de Chaumont a donné un acte de notoriété sur ce point, d'après lequel la cour, par arrêt rendu le 28 mars 1740, en la deuxième chambre des enquêtes, a déclaré valable une Donation faite par le sieur Audriat en faveur et par le contrat de mariage d'Etienne Maillard et Magdelaine Saleau, quoiqu'elle n'eût été suivie ni de prise de possession ni de saisine.

» La même question (continue Denisart), a depuis été jugée de la même manière, par arrêt du 1er *septembre* 1755, pour la coutume de Valois, qui a une disposition pareille à celle de Chaumont, entre Mathieu Prévôt et Marie-Claude Corret. »

Voilà, comme on voit, deux arrêts conformes à ceux qui ont été rendus par le parlement de Flandre, pour la coutume de Cambrésis; et certainement une pareille uniformité de décisions, est la meilleure preuve de l'exactitude des principes sur lesquels elles sont fondées.

On dira peut-être que Denisart à l'endroit cité, ajoute ces termes : *Mais voyez l'arrêt du 28 mars 1743, dont je parle à l'article* DONATION. On fera peut-être plus encore : on nous objectera qu'au mot *Donation*, Denisart rapporte effectivement un arrêt, non du 28 mars, mais du 22 juillet 1743, par lequel, suivant lui, *une Donation du tiers de la terre d'Achy, située dans la coutume de Senlis, faite à madame d'Ormesson-d'Amboise, par son contrat de mariage, a été déclarée nulle, parceque madame d'Ormesson, donataire, n'avait pas pris saisine du vivant de la donatrice, ce qui est essentiellement recommandé par les art.* 211, 212 *et* 216, *de la coutume de Senlis.*

Mais il y a à cela une réponse fort simple; c'est que Denisart se trompe en avançant que la Donation sur laquelle cet arrêt a prononcé, avait été faite par contrat de mariage; et la preuve de cette erreur se trouve dans la *jurisprudence civile* de Rousseaud de La Combe, au mot *Nantissement*, n°. 4. Cet auteur établit d'abord, que dans les coutumes de nantissement, les Donations par contrat de mariage, n'ont pas besoin, pour être valables, des formalités de dessaisine et saisine; après quoi il ajoute : « *Mais pour les Donations hors contrat de mariage, le nantissement est requis*, comme il a été jugé par arrêt du lundi 12 juillet 1743, rendu entre M. d'Ormesson-d'Amboise, maître des requêtes, et la dame son épouse, appelans, et dame Marie-Magdelaine de Carvoisin, intimée, sur les conclusions de monsieur l'avocat-général, Joly-de-Fleury. »

Il est donc bien prouvé que l'arrêt rapporté par Denisart au mot *Donation*, ne contrarie nullement ceux dont il parle à l'article *Tradition*; et de là résulte la conséquence nécessaire, que la jurisprudence du parlement de Paris est, à cet égard, aussi d'accord avec elle-même qu'avec la jurisprudence du parlement de Flandre.

VIII. J'ai déjà dit que les coutumes d'Amiens, de Boulonnais, de Lille, de la châtellenie de Lille, de Douai et de la gouvernance de Donai, décident expressément que le donataire qui n'a pas pris saisine du vivant du donateur, peut poursuivre l'effet de la Donation contre l'héritier, et que celui-ci est obligé de la lui délivrer.

On peut joindre à ces coutumes celle d'Artois : elle n'est point textuelle sur la question comme les précédentes; mais de ce qu'elle dit seulement, art. 76, que *pour acquérir droit réel* sur un immeuble, il faut dessaisine et saisine ou mise de fait dûment décretée, on en conclud, dans la province, qu'il faut distinguer le *droit personnel* qui résulte d'un contrat, d'avec le *droit réel*. Tout engagement, dit-on, de la part du propriétaire qui aliène sa chose, produit contre lui un droit personnel, *jus ad rem*, qui donne à l'acquéreur une action pour se la faire délivrer. Mais le droit réel, *jus in re*, ne peut s'acquérir que par la dessaisine et saisine. Ainsi, tant qu'il n'y a point eu de tradition, la propriété reste dans la main de l'alienateur, et elle passe à son héritier. Mais l'obligation personnelle qui liait le défunt, lie également son héritier, en sorte que l'effet du défaut de tradition ne profite véritablement qu'aux créanciers et aux tiers-acquéreurs.

C'est d'après ces raisons que l'on a toujours regardé comme valables les Donations d'immeubles

Digitized by Google

stinés en Artois, dont la tradition n'a point été faite du vivant du donateur; et cet usage est confirmé par un arrêt du parlement de Paris, du 23 août 1703, rapporté par Brunel en ses *Observations sur le droit coutumier*, ch. 6, n° 46.

Mais cette jurisprudence et les articles des coutumes d'Amiens, du Boulonnais, de la châtellenie de Lille, qui l'ont érigée en loi expresse, ne sont-ils pas abrogés par l'ordonnance de 1731?

L'affirmative a trouvé des partisans; et voici leurs raisons.

« D'abord, disent-ils, on doit convenir que les dispositions de ces coutumes paraissent inconséquentes. — Les rédacteurs de ces lois n'ont point senti la différence essentielle qui existe, et qu'ils avaient établie eux-mêmes, entre les aliénations à titre onéreux et les Donations. — Toute convention produit sans doute une obligation personnelle contre celui qui l'a consentie et contre son héritier. Celui qui vend, s'étant engagé à livrer la chose vendue, ne peut pas exciper de ce qu'il n'a point fait une tradition qu'il s'était obligé de faire. Son héritier, qui est tenu de ses faits et promesses, n'en peut pas exciper davantage. Le défaut de tradition dans le cas de vente, ne peut donc profiter qu'aux tiers qui ne sont point tenus des obligations personnelles du vendeur, tels que ses créanciers et des tiers-acquéreurs. — Mais ce principe ne peut recevoir d'application au cas d'une libéralité entre-vifs. La tradition y est requise comme appartenant au caractère d'irrévocabilité qui en fait l'essence. A la vérité, le Donateur qui a donné sans tradition, est lié personnellement; mais le donataire n'est encore propriétaire de rien. Il n'a qu'une action pour se faire livrer la chose. Le donateur en peut éluder l'effet, en vendant ou donnant à un tiers qui serait préféré s'il était saisi. Ce serait une fraude sans doute de la part du donateur, mais elle ne le soumettrait qu'à des dommages-intérêts qui pourraient être infructueux. D'ailleurs, cette forme de donner pourrait ouvrir la porte à une collusion entre le donateur et le donataire, qui éluderait la règle *donner et retenir ne vaut*. Le caractère de la Donation est que le donateur préfère le donataire à lui-même et non à ses héritiers. Si le donateur ne s'était pas tenté faculté directe ou indirecte de disposer de la chose donnée, il pourrait ne donner qu'au préjudice de ses héritiers, en convenant tacitement avec le donataire qu'il ne réclamerait la chose donnée après son décès qu'en cas qu'il n'en eût pas disposé, faculté qui lui resterait tant qu'il ne serait pas exproprié par la tradition. — Ainsi, le défaut de tradition du vivant du donateur doit profiter à l'héritier, puisque c'est lui que la loi envisage dans l'établissement de cette formalité. — Les coutumes d'Amiens, de Boulonnais et de la châtellenie de Lille, vont donc contre leur propre principe, lorsqu'elles dispensent, relativement à l'héritier, de la formalité de la tradition qu'elles exigent relativement à des tiers. Elles établissent pour principe que le donateur n'est point exproprié sans dessaisine et saisine; que la chose donnée demeure dans la succession. Mais si le donateur n'est point exproprié, la Donation n'est donc point parfaite; et si elle n'est point parfaite, elle ne peut militer contre l'héritier. — Mais, quelqu'inconséquente que soit la disposition de ces coutumes, nul doute qu'elle n'ait dû être observée jusqu'à l'ordonnance de 1731.

» Examinons si elle doit encore l'être depuis que cette loi a simplifié, affermi et épuré tous les principes de la matière des Donations. — L'ordonnance de 1731, en réduisant toutes les formes de disposer à celles de la Donation entre-vifs et du testament, a fixé de la manière la plus formelle le caractère propre à la Donation entre-vifs: elle proscrit hautement toute condition qui tend à altérer l'irrévocabilité. — L'art. 15 veut que la Donation entre-vifs ne puisse comprendre *que les biens présens*, parcequ'il ne peut pas y avoir de tradition irrévocable de choses futures. Le même article veut que la Donation des meubles, lorsqu'elle ne contient point de tradition réelle, contienne *un état des meubles donnés*. L'art. 16 déclare nulles les Donations mêmes qui n'ont pour objet que les biens présens, si elles sont faites *à condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur*, ou d'autres *que celles qui existaient au temps de la Donation*. Enfin, l'ordonnance déclare généralement nulles *toutes les Donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur*. — Ces dispositions établissent de la manière la plus formelle, que l'irrévocabilité est l'ame des Donations; et la nullité qu'elles prononcent est autant en faveur des héritiers qu'au profit des créanciers et tiers détenteurs. — Or, nous avons déjà dit que la formalité de la tradition tient essentiellement à ce principe de l'irrévocabilité; qu'elle en dérive et qu'elle en forme le sceau. — Il ne suffit point que le donateur soit lié personnellement par un lien irrévocable, il faut aussi que la propriété soit vraiment transférée irrévocablement. Il ne suffit pas que le donateur soit lié de droit, il faut qu'il le soit de fait. — Si une Donation avait été faite sous la condition expresse de pouvoir aliéner ou hypothéquer, elle serait nulle aux termes de l'ordonnance. Mais, dans les coutumes de nantissement, une Donation sur laquelle il n'intervient point de tradition, produit le même effet que si elle renfermait la condition de payer les dettes que le donateur contracterait depuis, puisque, dans le fait, il demeure libre d'en charger la chose donnée. — Vainement opposerait-on que le donataire aurait un recours contre le donateur ou la succession. Une Donation faite à la charge de pouvoir aliéner ou hypothéquer la chose donnée, même sous la condition expresse du recours, serait radicalement nulle, parceque le donateur n'aurait pas donné irrévocablement la chose, parceque l'efficacité du recours dépendant de la solvabilité du donateur, le donataire ne serait saisi de rien; parceque le donateur, en accordant une action d'indemnité qu'il serait libre de ne faire naître que quand il voudrait, aurait

Digitized by Google

plutôt en vue de dépouiller ses héritiers que de se dépouiller lui-même. — La Donation non suivie de tradition, dans les coutumes qui l'exigent, quand on accorderait un pareil recours au donataire, ne produirait pas plus d'effet que celle dont on vient de donner l'exemple, et par conséquent serait également contraire au principe de l'irrévocabilité. — A ces réflexions générales, on peut en ajouter une qui concerne particulièrement les coutumes d'Artois, de Lille et de Douai. — L'ordonnance de 1731 a rendu commune à tout le royaume la formalité de l'insinuation. Cette formalité est prescrite à peine de nullité, parcequ'elle a pour objet un intérêt public, en assurant aux Donations une publicité nécessaire pour en faire parvenir la connaissance à toutes les parties intéressées. Aussi la nullité est-elle prononcée en faveur des héritiers, comme des créanciers et des tiers détenteurs. — Si l'art. 34 de cette même ordonnance et la déclaration du 17 janvier 1736 ont excepté les provinces du ressort du parlement de Flandre et l'Artois, et les ont dispensées de cette formalité, c'est parceque la forme publique dans laquelle s'exécute la *déshéritance et l'adhéritance* qui est d'un usage universel, remplit le même objet que l'insinuation. — Mais cette exception n'aurait pas pu être générale, s'il y avait eu dans ces provinces trois coutumes qui n'eussent point exigé la nécessité de la déshéritance et de l'adhéritance par rapport aux héritiers; dans ces trois coutumes, il n'y aurait eu aucune formalité capable de remplacer, relativement à eux, celle de l'insinuation. Elle aurait donc dû y être établie, autrement il faudrait supposer dans la loi une imperfection intolérable; et c'est ce qu'il n'est pas permis de faire. Si l'ordonnance n'a point excepté de la dispense de l'insinuation les coutumes d'Artois, de Lille et de Douai, ce n'a pu être que parceque le législateur a jugé que leurs dispositions se trouvaient abrogées par les dispositions générales de son ordonnance qu'elles contrariaient en deux points essentiels, 1° en ce qu'elles attaquaient le principe de l'irrévocabilité; 2° en ce qu'elles allaient contre la loi de la publicité que doit avoir toute Donation pour pouvoir militer contre les héritiers »

Telles sont les raisons sur lesquelles se sont fondés plusieurs jurisconsultes, et notamment MM. Tronchet, Doutremont et Aubry, dans leur consultation déjà citée des 17 et 22 décembre 1775, pour soutenir que les dispositions des coutumes dont il s'agit, ne devaient plus avoir d'exécution. C'est aussi ce que prétend Sallé, commentateur de l'ordonnance de 1731; mais il s'en faut beaucoup que cette doctrine soit à l'abri de toute critique. Les raisons et les autorités qui la combattent paraîtront sans doute supérieures à celles dont on a voulu l'étayer.

L'ordonnance, dit-on, abroge les textes des coutumes qui permettent de différer la tradition jusqu'après la mort du donateur; mais dans quel article cette prétendue abrogation est-elle consignée? Jamais on ne parviendra à l'indiquer, et personne n'ignore qu'une abrogation ne peut s'établir par de simples conjectures.

Vainement prétend-on que le grand objet du législateur a été d'introduire une uniformité de jurisprudence sur la matière des Donations. Rien n'est plus faux relativement aux formalités extrinsèques au contrat, puisque l'art. 2, après avoir dit que *les Donations entre-vifs seront faites dans la forme ordinaire des actes passés par-devant notaires*, ajoute que l'on y observera *au surplus les autres formalités qui y ont eu lieu jusqu'à présent, suivant les différentes lois, coutumes et usages des pays*. Ainsi l'ordonnance, bien loin d'anéantir les dispositions des coutumes dont il s'agit, concernant la prise de possession et le temps auquel le donataire peut appréhender les biens donnés, les confirme au contraire de la manière la plus positive.

Il n'y a que deux manières de déroger à une coutume : c'est ou de défendre ce qu'elle permet, ou de permettre ce qu'elle défend. Or, nul article de l'ordonnance ne prescrit que le donataire se mettra en possession des biens donnés du vivant du donateur, à peine de nullité. Le texte que l'on vient de citer, en est une preuve; et c'est ce qui résulte encore de l'art. 15, que l'on fait cependant valoir en faveur de l'opinion contraire. Car, si le législateur avait pensé qu'une Donation de *biens présens et à venir*, fût nulle de plein droit, même pour les *biens présens*, par le seul défaut du donataire d'avoir pris possession du vivant du donateur, il aurait été inutile d'ajouter, *et ce encore que le donateur eût été mis en possession, du vivant du donateur, des biens présens, en tout ou en partie*. L'ordonnance n'a donc pas regardé la prise de possession, du vivant du donateur, comme une formalité de laquelle dépendait la validité de la Donation, mais seulement comme une circonstance qui rendait plus favorable la condition du donataire de *biens présens et à venir*, relativement aux biens présens; et certainement il y a une grande distance de là à l'abrogation des coutumes qui laissent au donataire le choix d'appréhender les biens donnés avant ou après la mort du donateur.

Il y a plus; si l'on avait voulu donner atteinte à ces coutumes, il aurait fallu laisser un temps convenable au donataire, pour se mettre en possession, et statuer que, si le donateur fût venu à mourir pendant le délai, la Donation n'aurait point été frappée de nullité, par le défaut de prise de possession du vivant du donateur. C'est en effet ce que l'on a réglé par rapport à l'insinuation, quoiqu'elle exige beaucoup moins de formes et soit susceptible d'une plus grande promptitude que la tradition par nantissement.

En un mot, prétendre que l'on ait enlevé aux donataires de biens situés dans les provinces dont nous parlons, le choix que leur laisse la coutume de les appréhender avant ou après la mort des donateurs; prétendre qu'on les ait exposés à perdre le fruit des Donations qui leur sont faites, sans même leur accorder le temps de prendre possession, et le

Digitized by Google

prétendre sans pouvoir montrer un article de l'ordonnance qui donne lieu de le soupçonner, c'est supposer que le législateur aurait tendu un piège à leur bonne foi, et trahi la confiance que leurs coutumes, munies de l'approbation du souverain, devaient leur inspirer; c'est supposer par conséquent la plus grande absurdité.

Après cela, que reste-t-il aux partisans du système opposé? La faible ressource de critiquer les coutumes, de vouloir persuader que l'ignorance des vrais principes a seule dicté à leurs rédacteurs ces articles qui ne paraissent bizarres que parcequ'on n'y réfléchit pas assez.

D'abord, bizarres ou non, ces articles existent; ce sont des lois respectables, approuvées du souverain; et aussi long-temps qu'elles existeront, il ne peut être question de les juger, on ne peut que s'y conformer. Cela seul rend superflue la réfutation des maximes erronées sur lesquelles on se fonde pour renverser les dispositions de ces coutumes.

Mais allons plus loin, et faisons voir que ces dispositions sont sages, conséquentes, et puisées dans la véritable nature des Donations entre-vifs.

La marque infaillible d'une Donation entre-vifs, est quand le donateur se dépouille autant qu'il est en lui, de tout le droit qu'il a sur la chose donnée, pour le transmettre à la personne du donataire, et qu'il s'ôte en même temps la liberté de révoquer la Donation.

La délivrance de la chose donnée tient à l'exécution de la Donation, sans être nécessaire pour sa validité; car il serait absurde que, pour se défendre d'exécuter une promesse, on pût alléguer le défaut même d'exécution; et qu'on fût déchargé de livrer une chose qu'on a promis de livrer, précisément parcequ'on ne l'a pas encore livrée.

On reconnaît donc que, dans toutes les coutumes, la Donation entre-vifs doit être certaine et irrévocable; certaine dans son existence, et irrévocable dans ses effets. C'est pour cela que l'ordonnance, art. 15, a rayé du nombre des Donations entre-vifs, celles des biens présens et futurs, lesquelles pouvaient devenir plus ou moins considérables au gré du donateur, de la volonté de qui il dépendait uniquement d'améliorer ou de détériorer le sort du donataire.

On reconnaît encore que, dans toutes les coutumes, la Donation entre-vifs est incompatible avec tout ce qui ressent la pensée de la mort; et que le donateur, en exerçant sa libéralité, doit donner une preuve sensible qu'il aime mieux que le donataire ait la chose donnée que lui-même.

Mais en même temps, il est certain que la faculté accordée par les coutumes d'Amiens, de Boulonnais, de Lille, etc. de ne se mettre en possession de la chose donnée qu'après la mort du donateur, s'allie fort bien avec les vrais caractères de la Donation entre-vifs.

Dans ces coutumes, comme par-tout ailleurs, le donateur fait connaître qu'il n'est mu par aucune pensée de la mort, lorsqu'il choisit la forme contractuelle, pour exercer sa libéralité. Premier caractère de la Donation entre-vifs.

Dans ces coutumes, comme par-tout ailleurs, la Donation a un objet certain et déterminé, quand le donateur gratifie le donataire de biens qu'il possède au moment de l'acte. Second caractère de la Donation entre-vifs.

Un donateur témoigne assez qu'il préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il accorde à celui-ci le droit de le dépouiller et de l'exproprier à chaque instant de la chose donnée; et dans ces coutumes, comme par-tout ailleurs, le contrat seul assure ce droit au donataire. Troisième caractère de la Donation entre-vifs.

Enfin ce droit est de sa nature irrévocable; et cette irrévocabilité, qui forme le quatrième caractère de la Donation entre-vifs, a lieu dans les coutumes dont il s'agit comme dans toutes les autres.

C'est un point dont on sera convaincu, si l'on fait attention à l'état du donateur et du donataire, après que l'acte de Donation est consenti et accepté. Le donataire a droit à la chose, *jus ad rem;* il est armé d'un titre qui l'autorise à en dépouiller le donateur quand il lui plaira; ce titre est à l'abri de toute atteinte; quelque chose que fasse le donateur, il ne peut en priver le donataire, ni s'affranchir de l'obligation qu'il a contractée envers lui. Tout est donc vraiment irrévocable, et le droit du donataire, et l'engagement du donateur.

On convient qu'aussi long-temps que le donataire ne fait point usage de son titre, le donateur peut signer une autre Donation ou un acte de vente, et procurer également à d'autres personnes, le droit de se mettre en possession de l'héritage qu'il a déjà donné; mais que fait-il par-là, et que résulte-t-il de-là?

D'abord le droit et l'action du premier donataire subsistent dans toute leur force: s'il est exclus par le second acquéreur, du *jus in re*, ce ne se sera que parcequ'il n'aura pas pris possession avant lui; mais il conservera toujours son *jus ad rem*, et le donateur lui devra une indemnité.

Encore faut-il observer que, si le droit du donataire peut être réduit à une action en dommages-intérêts, ce n'est point par la volonté du donateur. Cette réduction, quand elle a lieu, provient uniquement de ce qu'un tiers ayant un titre de même nature, a été plus diligent que le donataire à appréhender l'héritage aliéné à tous deux.

Ainsi, veut-on faire consister l'irrévocabilité dans l'engagement du donateur envers le donataire, dans ce *vinculum juris*, qui lie pour toujours celui qui a donné par-devant notaire? La Donation est irrévocable indépendamment de la tradition. Aime-t-on mieux la faire consister dans l'impuissance où se trouve le donateur d'empêcher que le donataire ne se fasse mettre en possession de la propriété, quand il le juge à propos? La Donation est encore vraiment irrévocable.

Mais, dit-on, ce n'est pas assez qu'une Donation soit irrévocable de droit, il faut encore qu'elle le

Digitized by Google

soit de fait; il faut que l'irrévocabilité soit telle que la propriété de la chose donnée soit, dans tous les cas et quoi qu'il arrive, assurée au donataire, du vivant du donateur.

C'est beaucoup exiger. L'empereur Justinien dont les lois sont en pleine vigueur dans les pays de droit écrit, et les rédacteurs des coutumes d'Amiens, de Boulonnais, de Lille et de Douai, ont pensé que l'irrévocabilité de droit et contractuelle formait le caractère essentiel de la Donation entre-vifs, la rendait parfaite, et nécessitait le donateur et ses héritiers à l'entretenir. Ce n'est donc ni dans les provinces de droit écrit, ni dans les coutumes citées, qu'on peut proposer des idées contraires à ce qui y est établi.

Ajoutons même que dans ces provinces et ces coutumes, il y a irrévocabilité de fait, et telle qu'on l'exige, si le donataire veut user de son droit, puisque dans le moment qui suit la Donation, il peut appréhender les héritages qui lui sont donnés, et s'assurer par-là de les avoir en nature; si, au contraire, le donataire s'endort, s'il se repose sur la bonne foi du donateur, s'il risque de n'avoir que l'équivalent de ce qui lui est donné, ou même rien, cette espèce de révocation de fait n'a sa cause ni dans le contrat de Donation, ni dans un pouvoir quelconque laissé par l'acte au donateur d'enfreindre son engagement; mais elle procède uniquement de la négligence du donataire, qui aurait pu la prévenir en veillant à ses intérêts et usant du droit qui lui était acquis.

On ne dira pas certainement qu'une dette dont on néglige de poursuivre le paiement, soit révocable de droit ou de fait, sous prétexte que le débiteur peut épuiser toute sa fortune et se mettre hors d'état de satisfaire son créancier. Il en est de même de la Donation entre-vifs dans les pays et les coutumes dont il s'agit.

Une Donation de meubles dont il n'y a pas de tradition reelle, mais seulement inventaire, est regardée par l'ordonnance comme irrevocable de droit et de fait, quoique le donateur puisse foudre la vaisselle donnée, la dissiper, et se constituer dans l'impossibilite lui et ses héritiers d'en faire la délivrance au donataire. Pourquoi n'en serait-il pas de même d'une Donation d'immeubles dans les coutumes qui n'ont pas de disposition contraire?

On a vu plus haut, sect. 4, §. 3, n. 5, qu'une Donation entre-vifs d'une somme de deniers payable à la première volonté du donataire, est bonne et irrevocable à tous égards, quoiqu'il puisse arriver que le donateur dissipe toute sa fortune avant que le donataire se soit mis en devoir d'exiger le paiement de la somme donnée. Et pourquoi n'en dirait-on pas autant de la Donation d'un héritage situe en Languedoc, à Amiens, à Lille ou à Douai? Le donataire est, dans ces pays, constitué créancier de l'héritage donné: si faute d'exercer promptement son action *ad rem*, elle devient illusoire, il se trouve dans la même position qu'un donataire de deniers: l'un et l'autre ne sont exposés à perdre leur créance que par un effet de leur volouté, par une suite de leur propre négligence. Ils renoncent, si l'on veut, en quelque manière au bénéfice de la Donation; mais la Donation n'est pas pour cela révocable.

Sans doute que la Donation serait frappée de nullité, si l'on stipulait que le donateur pourra mettre obstacle à la prise de possession du donataire, changer dans l'intervalle le bien donné, ou en disposer au profit d'un tiers. Mais pourquoi le serait-elle? Ce n'est pas à cause que le donateur ne serait pas exproprie, mais parcequ'il dépendrait de sa volonté de ne pas l'être au gré du donataire.

On voit par-là à quoi se réduit le système que nous réfutons. Il tend à persuader que la Donation entre-vifs doit être tellement irrévocable, que le donataire soit obligé d'en profiter malgré lui. Peut-on proposer sérieusement un tel paradoxe?

Maintenant que l'on compare la coutume de Paris et celles de la même classe, à la jurisprudence des pays de droit écrit et aux coutumes d'Amiens, de Lille, de Douai, etc.: quelles sont celles où l'on trouvera plus de conformité aux premiers principes du droit? Il est aisé de le pressentir. Les unes ont envisagé l'héritier comme une tierce-personne entre le donateur et le donataire; et partant du principe que le tiers saisi de la propriété avant le donataire, obtient la préférence sur lui, elles ont laissé le bien donné à l'héritier saisi par la loi, avant que le donataire le fût par la delivrance. Les autres ont considéré l'héritier comme ne faisant qu'une seule et même personne avec le donateur; et par une suite de cette considération, elles ont assujetti l'héritier à l'obligation de délivrer la chose donnée, qui liait le donateur.

On conçoit comment l'héritier représente le défunt, et lui est subrogé. Mais il est difficile d'alléguer une raison bien satisfaisante pour affranchir l'un d'une obligation qui enchainait l'autre; et pour persuader qu'en cette matière, il en doit être autrement d'une chose donnée que d'une chose vendue.

Ce qu'il y a de certain au moins, c'est que chaque coutume est maîtresse chez elle; et que les personnes imbues des principes de la coutume de Paris, ne sont pas plus en droit de critiquer les coutumes de Lille ou d'Amiens, que ne le seraient les sujets de celles-ci de trouver singulières les dispositions des lois étrangères, qui, sur ce point, ne sont pas conformes aux leurs.

Tout se réduit donc pour démontrer que l'ordonnance de 1731 n'a porté ni dû porter aucune atteinte, soit à la jurisprudence des pays de droit écrit, relativement à la faculté du donataire de n'appréhender la chose donnée qu'après la mort du donateur, soit aux dispositions des coutumes qui s'y sont expressément conformées.

Tel est le sentiment de Furgole sur l'art. 15 de l'ordonnance de 1731. Comme c'est le seul auteur qui ait discuté la question d'une manière satisfaisante, nous croyons devoir rapporter ses termes. — « Il y a (dit-il) une question importante à éclair-

Digitized by Google

cir, elle consiste à savoir si notre ordonnance a introduit dans les pays de droit écrit la nécessité de la tradition de fait ou de droit, comme on le pratique dans la coutume de Paris, et autres pays coutumiers: la raison de douter est prise de ce qu'on trouve dans cette ordonnance plusieurs dispositions qui semblent fondées sur la nécessité de la tradition, d'où il semble qu'on doive conclure qu'on a voulu introduire la même formalité dans les pays de droit écrit, pour rendre la jurisprudence uniforme. — Mais il me paraît sans difficulté qu'on n'a voulu rien changer sur la forme de la tradition requise par les coutumes, ni introduire cette formalité dans les pays de droit écrit, où elle n'est point en usage et où les Donations sont parfaites par le simple pacte et la convention. Je me fonde premièrement sur ce qu'il n'y a aucune disposition expresse dans notre ordonnance qui exige la tradition; l'intention de notre article, qui est le seul qui parle de la tradition, étant seulement que les meubles ou effets mobiliers donnés, et qui ne seront pas livrés réellement, soient constatés et rendus certains par un état signé des parties, afin qu'il ne dépende pas du donateur de rendre la Donation inutile, en aliénant ou divertissant les meubles donnés: par où l'on a voulu assurer l'irrévocabilité des Donations, sans rien statuer sur la nécessité de la tradition. En second lieu, quand certaines dispositions de notre ordonnance seraient fondées sur la raison tirée de la nécessité de la tradition, on ne pourrait pas en conclure que cette formalité eût été introduite dans les pays où elle n'était pas, parceque la raison des dispositions ne pourrait pas s'étendre hors des cas où elle s'applique, suivant plusieurs textes du droit romain, et le sentiment des interprètes, qui disent: *in correctoriis non est licita extensio*. D'ailleurs, si l'intention du législateur avait été d'introduire la nécessité de la tradition, il en aurait prescrit des règles uniformes pour éviter la diversité de jurisprudence. En troisième lieu, la nécessité de la tradition a été introduite dans les pays coutumiers, par des raisons qui cessent dans les pays de droit écrit; savoir, pour éviter les fraudes et la simulation des contrats, afin que les héritiers du sang ne puissent pas être privés par des voies obliques de la portion des biens que les coutumes leur destinent, quand il n'y a que des dispositions à cause de mort, raison qui cesse dans les pays de droit écrit, où l'on ne fait aucune distinction des biens possédés par la même personne, et où il est libre de disposer à cause de mort de la même manière qu'on le peut entre-vifs dans les pays coutumiers. Enfin, il me semble que notre article le décide même sans équivoque, en ce qu'il n'exige aucune tradition vraie ni feinte, même pour les meubles; il veut seulement, comme je l'ai remarqué ci-dessus, qu'il en soit fait un état, par les raisons que j'ai expliquées, et qui ne peuvent pas même convenir aux immeubles, parcequ'ils ont une assiette permanente; qu'il n'est pas possible de les soustraire, comme on peut supprimer les meubles; qu'ainsi il ne dépend pas du donateur de rendre la Donation inutile, quoiqu'il n'y ait pas de tradition. Que si le donateur aliénait l'immeuble donné, et dont il n'y aurait aucune tradition, et que le nouvel acquéreur en prît possession réelle, il serait, à la vérité, préféré au donataire, suivant la loi, *Quoties, C. de rei vindicatione*; mais la Donation n'en serait pas anéantie pour cela, à cause de l'action en garantie que le donataire pourrait exercer contre le donateur à raison de son dol ou du stellionat, (l. 18, §. *ult.*, D. *de Donationibus*, *Ricard*, tome 1, part. 1, n°. 954.) D'ailleurs, cet inconvénient n'a pas empêché que dans le pays coutumier on ne considère la Donation comme valable et obligatoire, du moment qu'elle est passée, quoiqu'il n'y ait point de tradition vraie ou feinte, pourvu que l'action soit intentée pendant la vie du donateur. »

Ce sentiment, au reste, ne doit plus souffrir de difficulté, depuis que quatre arrêts des parlemens de Paris et de Flandre l'ont confirmé.

Le premier de ces arrêts est du 28 mars 1743: il n'a été rendu, à la vérité, que du consentement de la partie qui avait d'abord impugné la Donation pour défaut de saisine; mais ce consentement même est un préjugé bien puissant. Écoutons Rousseaud de La Combe, *Jurisprudence civile*, au mot *Donation*, part. 2, sect. 2: « Le 18 mai 1741, Donation avec réserve d'usufruit par la présidente de Chailly à la dame d'Ormesson, du tiers de la terre d'Achy, située en trois différentes coutumes, Senlis, Clermont et Amiens. Sentence du châtelet, par défaut, du 28 mars 1743, qui annulle la Donation. Sur l'appel, la dame d'Achy, tutrice de son fils, héritier de la donatrice, consentit la validité de la partie située dans la coutume d'Amiens, *attendu qu'elle ne prononce pas la nullité faute de saisine, comme celles de Senlis et de Clermont*. Arrêt du lundi 22 juillet 1743, qui a confirmé la sentence, quant aux parties de la terre situées dans les coutumes de Senlis et de Clermont, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat-général, *plaidant M. d'Outremont pour la marquise d'Achy*. »

Le second arrêt est du 17 juillet 1778. Par acte passé à Lille, le 26 juillet 1751, devant notaires, la demoiselle Marie-Albertine-Thérèse Alatruye, dame d'Engrain, a donné *entre-vifs, irrévocablement, sans rappel et dans la meilleure forme que Donation pouvait valoir*, au sieur Philippe-Charles-Joseph de Gilleman, seigneur de la Barre, plusieurs héritages, tant féodaux que censuels, situés dans la châtellenie de Lille. L'acte contenait réserve d'usufruit au profit de la donatrice, et ne portait aucune procuration pour faire en son nom la déshéritance entre les mains des officiers des seigneurs dont les biens étaient tenus. — La demoiselle Alatruye est morte le 14 avril 1766. Le 28 novembre suivant, le sieur de la Barre a appréhendé réellement les immeubles dont elle lui avait fait Donation, et cela par commission de mise de fait obtenue le même jour au greffe de la gouvernance de Lille. — Le sieur Pottier des Maressons, héritier légal et immo-

Digitized by Google

bilier de la demoiselle Alatruye, s'est opposé au *décrétement* de la mise de fait, et a demandé que la Donation fût déclarée nulle. — Il prétendait, d'après la consultation de MM. Tronchet, d'Outremont et Aubry dont nous avons parlé ci-dessus, que l'art. 2 du tit. 10 de la coutume de la châtellenie de Lille était diamétralement opposé à la nature des Donations entre-vifs; que l'ordonnance de 1731 l'avait abrogé implicitement, et qu'ainsi le défaut du sieur de la Barre de s'être mis en possession des biens donnés avant le décès de la donatrice, avait anéanti la Donation. — Il ajoutait un second moyen qui consistait à dire : « Aux termes de la coutume de la châtellenie de Lille, tous les héritiers peuvent être poursuivis solidairement pour les dettes du défunt; mais l'héritier immobilier a son recours contre l'héritier des meubles. D'après cette disposition, il n'est pas étonnant que la coutume de la châtellenie de Lille ait chargé indistinctement l'héritier de l'exécution de la Donation : c'est une obligation contractée par le défunt, dont l'héritier immobilier est tenu directement envers le donataire, sauf son recours contre l'héritier des meubles. Mais dans l'espèce particulière, le sieur de la Barre est lui-même héritier des meubles, ou, ce qui revient au même, légataire universel de la défunte. Cette qualité fait donc réfléchir contre lui-même le recours qu'aurait l'héritier immobilier, si la Donation avait sou effet; il est donc non-recevable par la règle, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* »

Le sieur de la Barre a répondu à ces moyens d'une manière victorieuse; il a écarté le premier par les raisons détaillées ci-dessus; voici de quelle manière il a détruit le second : — « L'obligation de *délivrer* au donataire l'immeuble donné entre-vifs, est une *dette* réelle, attachée au fonds et qui le suit, soit que l'immeuble se trouve entre les mains du donateur ou de son héritier. Dans les coutumes qui règlent que chaque héritier des meubles et des immeubles est tenu au paiement des dettes du défunt, à proportion de l'émolument et pour sa part, l'héritier des immeubles est seul chargé des dettes réelles et inhérentes au fonds : de même dans les coutumes qui règlent que l'héritier immobilier, a l'héritier mobilier pour garant du paiement des dettes, le premier n'a aucun recours à la charge du second, pour les dettes foncières et inhérentes aux immeubles. Le second moyen du sieur des Marossons n'a donc pour appui qu'une fausse supposition; on vent dire que l'obligation de laisser suivre l'immeuble donné ou d'en faire la délivrance, est une dette purement personnelle, laquelle ne tient pas de la réalité, et n'est pas attachée au fonds. Cette supposition est si fausse, que quand on a mis en question si le droit d'appréhender des immeubles donnés entre-vifs au défunt, appartenait à son héritier mobilier, ou à son héritier immobilier, les tribunaux n'ont pas hésité à se déterminer en faveur de l'héritier immobilier, sur le principe que toute action tient de la nature de l'objet auquel elle se termine, et qu'elle est réelle et immobilière quand elle a un immeuble et un fonds pour terme et pour objet. »

Sur ces moyens allégués de part et d'autre et développés par d'habiles défenseurs, sentence est intervenue à la gouvernance de Lille le 12 juillet 1776, qui a débouté le sieur Pottier de son opposition, décrété la mise de fait et maintenu le sieur de la Barre dans les biens litigieux. Le sieur Pottier en a interjeté appel; mais par l'arrêt cité, rendu au rapport de M. Raillard de Grandvelle, l'appellation a été mise au néant, avec amende et dépens.

Cet arrêt juge bien nettement que le défaut de tradition du vivant du donateur n'emporte point nullité d'une Donation d'immeubles situés dans la coutume de la châtellenie de Lille, et conséquemment que cette coutume et les autres de la même classe n'ont rien à cet égard d'incompatible avec les dispositions de l'ordonnance de 1731.

Et il est à remarquer que cet arrêt a été confirmé par le conseil du roi. Le sieur Pottier s'y était pourvu en cassation, mais sa requête a été rejetée par arrêt du 21 août 1780.]

[[Les motifs de cet arrêt ont été manifestés dans le temps par plusieurs des commissaires du conseil auxquels il avait été référé de cette affaire; ils ont pensé que le vœu de la loi était complétement rempli lorsque le donateur fournissait au donataire le moyen, non seulement de l'exproprier de fait, mais encore de se faire *réaliser* lui-même dans des biens à la propriété desquels le contrat lui assure un droit irrévocable : que l'alternative que la coutume de la châtellenie de Lille laisse au donataire d'appréhender, soit du vivant, soit après la mort du donateur, ne blessait point l'esprit de l'ordonnance qui n'a eu qu'un but, celui de rendre les dispositions entre-vifs parfaitement irrévocables de la part de leur auteur, but qui était rempli par l'expropriation du donateur, qu'opérait efficacement la clause par laquelle celui-ci accordait au porteur de la grosse de l'acte, le pouvoir de consentir en son nom et pour lui à la dessaisine des biens donnés et à ce que la saisine en fût baillée à celui qu'il s'était préféré à lui-même. Les commissaires ont encore pensé que l'obligation personnelle à laquelle le donateur ou ses héritiers mobiliers ne pouvaient se soustraire, de livrer la chose donnée, soit en nature, soit en valeur, à la première réquisition du donataire, imprimait aux Donations un second caractère d'irrévocabilité; et que tant de cette obligation que de la faculté que le donataire avait de se faire adhériter lorsqu'il le voulait, il s'ensuivait que la maxime *donner et retenir ne vaut*, qui est la base des dispositions de l'ordonnance, a, dans les coutumes de nantissement semblables à celle de la châtellenie de Lille, tout l'effet que l'intention du législateur a été de leur donner dans toute la France.]]

[La question s'est représentée au parlement de Flandre en 1783, et elle y a encore été jugée de même. — Le 17 mars 1780, le sieur Philippe-Alexandre-Joseph de Mouveaux, conseiller-assesseur aux finances de Tournay, fit Donation entre-vifs à sa mère, de-

Digitized by Google

plusieurs héritages situés à Wanchain et Bourghelles, villages de Tournésis cédés à la France par le traité d'échange et de limites, du 16 mai 1769. — Le donateur s'est désherité par procureur, entre les mains des juges fonciers de la situation des biens; mais la donatrice n'a pas été adhéritée du vivant du donateur. — Après la mort de celui-ci, elle a appréhendé les biens par mise de fait, sous l'autorité de la gouvernance de Lille. — La veuve Delval, héritière *ab intestat* des biens donnés, assignée pour voir décréter la mise de fait, a soutenu que la gouvernance de Lille n'était pas compétente; et qu'au fond la Donation était nulle, faute d'adhéritance prise du vivant du donateur. — Sentence du 27 avril 1781, qui rejette l'exception déclinatoire et confirme la Donation avec dépens : appel. — On disait pour établir le bien jugé de la sentence, que l'art. 14 du chap. 8 de la coutume de Tournésis rangeait les Donations entre-vifs sur la même ligne que les testamens, par rapport à la formalité du nantissement; que dans les testamens il ne fallait certainement pas que la déshéritance du testateur fût suivie avant sa mort de l'adhéritance du légataire, puisque celui-ci ne pouvait se faire adhériter avant que son legs lui fût acquis; qu'il en devait donc être de même dans les Donations; que tel était l'usage, et que tous les avocats et praticiens de Tournai l'avaient ainsi attesté dans une enquête par Turbes, tenue l'an 1649. — Arrêt du 14 mai 1783, au rapport de M. Plaisant-du-Château, qui met l'appellation au néant, avec amende et dépens.]

[[Voici le quatrième arrêt que nous avons annoncé.

Par acte du 9 janvier 1778, Thomas de Warenghien, du consentement de sa sœur et unique héritière présomptive, a donné à M. de Warenghien, conseiller au parlement de Flandre, aujourd'hui premier président de la cour d'appel de Douai, différens biens, provenans du côté et ligne des Delalaing, dont la situation, à cette époque, n'était pas encore clairement déterminée, mais qu'on a ensuite vérifié être tous regis par la coutume d'Artois. — Le 18 février suivant, Thomas de Warenghien est décédé. — Comme M. de Warenghien n'avait pas pu prendre saisine de tous les objets compris dans la Donation, il s'est élevé une difficulté entre lui et la demoiselle de Warenghien, héritière du donateur. Celle-ci prétendait que le défaut de tradition faite et reçue avant la mort de son frère, rendait la Donation caduque. — Malgré la force et l'évidence des raisons qu'il pouvait opposer à cette prétention, M. de Warenghien a bien voulu se prêter à un accommodement; et, moyennant une somme de 2400 livres une fois payées, la demoiselle de Warenghien a déclaré, par transaction du 4 avril 1778, *reconnaître la validité de la Donation dont il s'agit, la ratifier au besoin, en consentir la réalisation et l'exécution*, etc. — Depuis, la demoiselle de Warenghien est décédée; et le sieur André-Albert Delalaing, qui se prétendait son héritier aux propres de la ligne d'où venaient les biens compris dans la Donation du 9 janvier 1778, a élevé contre cet acte la même réclamation que la défunte; comme elle, il a prétendu que la Donation était devenue caduque par le défaut de dessaisine faite et de saisine prise du vivant du donateur. Mais il a fait plus; arrêté par la transaction du 4 avril 1778, il n'a pas craint de soutenir qu'elle était nulle, parce qu'en Artois les propres ne peuvent être *vendus, chargés ni aliénés* qu'avec le consentement des héritiers présomptifs à qui la coutume les destine. — Dans le cours de l'instruction, il s'est aperçu que cette transaction ne portait que sur un fief de seize mencaudées situé dans le bailliage de Bapanme, et il a conclu subsidiairement à ce que les autres biens dont M. de Warenghien ne justifierait pas avoir pris valablement saisine avant la mort du donateur, lui fussent adjugés. — C'était sur ces prétentions qu'il s'agissait de prononcer. — J'étais chargé de la défense de M. de Warenghien. Voici comment j'ai relevé les principales erreurs dont fourmillait celle de son adversaire.

« *Première erreur.* C'est une règle générale de notre droit français, que *donner et retenir ne vaut;* et le sens de cette règle est que la tradition est essentiellement requise pour la validité des Donations entre-vifs.

» *Réponse.* Nous convenons de la généralité de la règle *donner et retenir ne vaut;* mais il n'est pas vrai qu'elle ait par-tout le sens que le demandeur lui attribue..... et si c'est par le droit le plus général qu'il faut en déterminer la signification relativement à la province d'Artois, n'en doutons point, elle doit être interprétée en Artois, comme elle l'est dans le Bourbonnais, dans la Touraine, dans le Lodunois, dans l'Anjou, dans le Maine, dans tous les pays de droit écrit, en un mot, dans la plus grande moitié de la France.

» *Deuxième erreur.* La coutume d'Artois est de nantissement; et par conséquent il faut qu'un donataire de biens regis par cette coutume, soit approprié du vivant du donateur, soit par dessaisine et saisine, soit par mise de fait.

» *Réponse.* Les coutumes d'Amiens, de Boulonnais, de Lille, de la châtellenie de Lille, de Douai, de la gouvernance de Douai, du bailliage de Saint-Omer et de celui d'Aire, sont de nantissement comme celle d'Artois. Or, comment entendent-elles la règle *donner et retenir ne vaut?* Précisément comme les coutumes de Bourbonnais, de Touraine et les autres citées.

» L'art. 54 de celle d'Amiens porte que « quand un propriétaire est possesseur d'héritages feodaux ou cottiers, vend, *donne* ou transporte lesdits héritages ou partie d'iceux, et que durant sa vie il n'en fait aucune désaisine ès mains des seigneurs feodaux dont iceux héritages sont tenus ou de leurs baillis et officiers, ayant pouvoir de ce faire, en ce cas tels héritages *donnés*, venuns et transportes viennent et échéent après le decès du *donateur* ou vendeur aux prochains héritiers d'icelui *donateur* ou vendeur : mais si tels *donataires* ou acheteurs

Digitized by Google

veulent poursuivre la vente on *don* à eux faits, faire le peuvent, par mise de fait ou autrement dûment : quoi faisant, ledit héritier est tenu entretenir telle *Donation*, vendition ou transport. » — Cette disposition est claire. On y voit que la propriété et la possession qui est demeurée au donateur, parcequ'il n'en a pas fait la tradition, passe à ses héritiers, comme l'exigent les règles générales du droit; mais que son obligation personnelle formée par le contrat de Donation, leur est pareillement transmise suivant ces mêmes règles, et que le donataire a le droit de les contraindre à la délivrance. — Et remarquons bien que « cette coutume étant voisine de celle d'Artois, et en ayant même autrefois fait en quelque sorte partie, comme y ayant servi de générale, elle y sert encore d'interprétation dans les cas non décidés, et qui ne s'y trouvent point contraires. » Ce sont les termes de Brunel, en ses *Observations sur le droit coutumier d'Artois*, chap. 3, n. 2; et son assertion est justifiée par les monumens les plus authentiques. — Ecoutons de Richebourg en sa note sur l'intitulé de l'ancienne coutume du Bailliage d'Amiens : « Le 2 avril 1506, Louis XII adressa ses lettres-patentes au bailli d'Amiens, pour assembler par-devant lui les gens des trois états, officiers et praticiens de son bailliage, à l'effet de rédiger toutes les coutumes, tant générales que particulières, de ce bailliage. — En exécution de ces lettres-patentes, qui furent rendues au lieutenant général du bailliage d'Amiens le 25 juillet 1507, cet officier décerna, le 2 août suivant, huit commissions adressantes aux huit prévôts royaux de ce bailliage. — La commission du prévôt de Beauquesne portait pouvoir d'ajourner les prélats, gens d'eglise, le comte d'Artois, ses officiers, les seigneurs, châtelains et corps des villes de la province d'Artois, pour être présens à l'assemblée : *car alors l'Artois était soumis à la coutume générale d'Amiens.* » — Dans le procès-verbal de rédaction de la coutume, qui est du 4 octobre suivant, il est dit que cette commission fut executée : et ce qui le prouve, c'est qu'au nombre des personnes et des corps, dont est composée l'assemblée qu'il énumère, nous voyons le procureur du comte d'Artois, l'evêque d'Arras, le chapitre de la cathédrale de la même ville, les abbayes de Saint-Vaast, de Saint-Bertin, d'Anchin, du Mont-Saint-Eloi, les échevins d'Arras, ceux de Béthune, de Saint-Pol, de Pernes, d'Hebuterne, les chapitres de Théroüane, d'Aire, de Bethune, de Saint-Amé, le seigneur de Carvin-Epyuoy, etc. — Et ce qui mérite singulièrement l'attention des magistrats, c'est que la coutume rédigée à cette époque pour gouverner toute la province d'Artois, comme faisant partie du bailliage d'Amiens, renferme précisément, sur les Donations non réalisées du vivant des donateurs, la même disposition que la nouvelle coutume. En effet, que l'on compare l'art. 54 de celle-ci avec l'art. 12 de celle-là, on ne trouvera pas un mot de différence entre l'un et l'autre. — Ainsi, avant que l'Artois fût distrait du Bailliage d'Amiens, il avait une loi expresse qui imposait aux héritiers l'obligation formelle d'*entretenir* les *Donations* que leurs auteurs avaient faites sans dessaisine. — Cette loi, nous ne voyons pas que la coutume d'Artois, rédigée sous l'empereur Charles-Quint, l'ait abrogée; elle subsiste donc encore dans cette province, non seulement comme raison écrite, mais comme loi véritable.

» Nous trouvons le même esprit dans la coutume de Boulonnais, art. 95 : « Avant que le donataire puisse jouir du don à lui fait, et en faire son acquêt, faut qu'il appréhende par mise de fait en justice compétente, le donateur, ou s'il est décédé, les héritiers d'icelui et le seigneur féodal dont la chose est tenue et mouvante, appelés. » L'art. 115 de la même coutume, déclare qu'on ne peut obtenir la propriété par vente, Donation ou autre titre, ni acquérir hypothèque ou autre droit réel, que par rapport et dessaisine, par mise de fait ou mainassise. — C'est aussi ce que portent les coutumes de Lille, de la châtellenie de Lille, de Douai, de la gouvernance de Douai, du bailliage d'Aire et de celui de Saint-Omer. Dans ces six coutumes, on ne peut transmettre la propriété que par la dessaisine et la saisine; cependant elles décident, en termes exprès, que le défaut de tradition du vivant du donateur, loin d'annuller la Donation, transmet aux héritiers de celui-ci l'obligation de délivrer la chose donnée : elles établissent les mêmes règles pour la validité et les effets de tous les autres contrats d'aliénation, à l'égard de l'aliénateur et de ceux qui succèdent à ses droits universels.

» *Troisième erreur.* Par l'art. 71 de la coutume d'Artois, on ne peut, sans les formalités qu'il prescrit, *acquérir droit réel en aucun héritage, soit à titre de succession, don ou achat, échange ou autres aliénations.* Donc quand ces formalités ont été négligées, et qu'il s'agit de Donation, l'héritier du donateur n'est tenu à rien.

» *Réponse.* Que dirait le demandeur, si on lui proposait cet argument : « Vous avez acheté de mon père tel immeuble; vous n'en pouviez acquérir la propriété réelle et foncière que par la dessaisine et saisine. Vous ne l'avez point fait de son vivant; donc je ne vous dois rien. » Sans doute le demandeur crierait à l'injustice et à l'absurdité, et il aurait raison. Eh bien! cette espèce n'est-elle pas la nôtre? Quelle différence trouvera-t-il, à cet égard, entre une Donation et une vente? La coutume n'en indique aucune; elle confond dans une même disposition, elle reunit dans un même contexte de phrase, et la vente et la Donation; serait-il donc au pouvoir du demandeur, d'ajouter à la coutume une exception bizarre qu'elle n'a pas jugé à propos d'adopter?

» Ce n'est pas tout; l'article cité de la coutume met sur la même ligne la succession et la Donation. *Pour acquérir droit réel à titre de succession*, il faut un relief en bonne forme, comme il faut un nantissement en règle pour réaliser une Donation; car, quoi qu'en dise le demandeur, dans cette con-

Digitized by Google

tume le mort ne saisit pas le vif de plein droit; l'art. 92 le prouve très clairement. « Le mort (y est-il dit) saisit le vif son plus prochain héritier, habile à lui succéder, *en faisant les droits et devoirs à ce pertinens.* » Or, dira-t-on que le défaut de relief empêche un héritier légitime de transmettre à ses propres successeurs, le droit qu'il a sur une hérédité qui lui a été déférée par la loi? On l'a prétendu autrefois, dans une instance qui était pendante au parlement de Paris; mais consulté sur la question, le conseil provincial d'Artois a répondu par un acte de notoriété, du 30 juillet 1698, « que l'héritier du défunt acquiert droit personnel ès biens qu'il a délaissés pour en jouir par lui comme de sa propre et vraie chose, et les transmettre à ses héritiers, quoiqu'il n'ait fait aucuns droits ni devoirs portés par ledit article, d'autant qu'ils ne regardent que l'intérêt des seigneurs pour les droits que la coutume leur attribue, et pour par ledit héritier acquérir droit réel, nonobstant lequel il ne laisse d'avoir son droit personnel pour jouir de la succession du défunt comme de sa propre et vraie chose, ainsi que dit est, et la transmettre à ses héritiers, et ainsi a toujours été jugé sans difficulté audit conseil d'Artois toutes les fois que le cas s'y est présenté. » — Peu de temps auparavant, le 30 décembre 1697, le même tribunal avait encore donné, sur cette matière, un acte de notoriété qui confirme également tous nos principes. En voici les termes : « Certifient que l'art. 71 des coutumes générales de cette province d'Artois..... est incontestablement en usage..... à tel effet que pour acquérir droit réel en aucuns héritages à titre de succession, il faut nécessairement les relever des seigneurs immédiats desquels ils sont tenus et mouvans; et pour y acquérir droit réel à titre de don, soit par contrat de mariage ou autre titre de Donation, ou à titre d'achat, échange ou autre aliénation, il faut les appréhender de fait par dessaisine et saisine, ou par mise de fait, dans la forme contenue audit article; cessant lesquelles appréhensions, par relief, en ce qui touche les successions, ou par dessaisine et saisine ou mise de fait, en ce qui touche les Donations, achats, échanges ou autres aliénations, personne ne transmet de son chef droit réel èsdits héritages succédés, donnés, acquis ou changés, parceque, suivant l'art. 74 des mêmes coutumes, sentences, promesses, testamens et généralement toutes obligations personnelles n'engendrent saisine, hypothèque ou réalisation sur les héritages du condamné, promettеur, testateur ou obligé; autre chose est du droit personnel, lequel se transmet tant par succession, Donation, échange, transport ou aliénation, sans qu'il soit besoin d'aucuns devoirs; mais ce droit personnel, ainsi transmis dans les successeurs, donataires ou acquéreurs, n'empêche pas les créanciers du donateur ou vendeur, de faire saisir réellement lesdits héritages comme demeurés dans les biens de leur débiteur, si lesdits donataires ou acquéreurs ont négligé d'y acquérir le droit réel par les voies introduites par ledit art. 71. » — Voilà bien le *droit personnel* distingué d'avec le *droit réel*; voilà bien les Donations assimilées aux ventes et aux échanges, pour l'un comme pour l'autre droit; voilà bien, par conséquent, les héritiers des donateurs assujettis à entretenir les Donations, comme les héritiers des vendeurs à exécuter les ventes. — Il y a plus; non seulement l'art. 71 assimile les Donations aux ventes et aux échanges; mais l'art. 79, en parlant des Donations en avancement d'hoirie, suppose évidemment que le donataire peut faire l'appréhension des biens donnés, après comme avant le décès du donateur. Inutile d'objecter que cette disposition est particulière aux Donations en avancement d'hoirie. Quel motif aurait pu porter la coutume à exempter ces Donations de la formalité de la dessaisine et saisine, tandis qu'elle y aurait assujetti toutes les autres? C'est, dit-on, parceque le donataire en avancement d'hoirie, lorsqu'il n'appréhende le bien qu'après la mort du donateur, n'est considéré que comme un simple héritier, et qu'il confond, dans cette qualité, celle de donataire qui, par ce moyen, tombe et s'évanouit. Mais qu'on réponde, si on le peut, à cette réflexion : n'est-il pas vrai que la coutume ouvre au donataire en avancement d'hoirie, une voie pour s'exempter du droit de relief? Or, cette voie, quelle est-elle? c'est d'attendre la mort du donateur pour faire l'appréhension du bien qui lui est donné. Mais quand le donateur est décédé, rien n'oblige le donataire d'accepter sa succession, il peut y renoncer. Disons plus, il peut arriver alors qu'il ne soit plus l'héritier présomptif de l'objet compris dans la Donation (1). En quelle qualité donc appréhendera-t-il ce bien? Ce ne sera sûrement point en celle d'héritier; il faudra donc que ce soit uniquement comme donataire. Or, pour que cette qualité puisse autoriser une pareille appréhension, il faut certainement que la Donation subsiste encore; il faut que le défaut de tradition du vivant du donateur ne l'ait pas rendue caduque; il faut, par conséquent, que la coutume d'Artois ait, sur cette matière, le même esprit que celles d'Aire, de Saint-Omer, de Lille, de Donai, du Boulonnais, etc. Il faut, en un mot, qu'elle n'ait pas abrogé l'art. 12 de l'ancienne coutume d'Amieus, à laquelle cette province était soumise lors de la promulgation de cette loi municipale.

» *Quatrième erreur.* La province d'Artois n'a été affranchie de l'insinuation, qu'en considération du nantissement qui y est en usage. Ronssilhe et Pajon l'assurent ainsi. Vous-même (dit-on au sonssigné) vous avez dit la même chose dans la première édition du Repertoire de jurisprudence. Le nantisse-

(1) Par exemple, un père n'a qu'une fille; il lui donne un fief en avancement d'hoirie : quelque temps après, il lui naît un garçon : il est clair que celui-ci devient nécessairement son unique héritier féodal, et que par-là sa fille perd la qualité d'héritière apparente en laquelle lui a été faite la Donation en avancement d'hoirie. *V.* Maillard sur l'art. 79 de la coutume d'Artois.

Digitized by Google

ment est donc aussi nécessaire en Artois, que l'insinuation l'est dans les autres provinces de l'intérieur du royaume.

» *Réponse.* Lorsque des auteurs se sont trompés, il n'est pas défendu de les contredire; et lorqu'on est trompé soi-même, on ne doit pas rougir de l'avouer. Laissons donc à l'écart les assertions nues de Roussilhe et de Pajon; oublions nous-même que nous avons pour un temps marché trop servilement sur leurs pas. N'écoutons ici que la voix de la raison.

» 1° Dans les coutumes de Lille, de la châtellenie de Lille, de Douai et de la gouvernance de Douai, il ne faut ni insinuation, ni saisine du vivant du donateur, pour la validité d'une Donation. Le parlement lui-même en a prévenu le législateur dans ses réponses aux questions de M. d'Aguesseau, et le législateur n'y a trouvé rien à changer. Il n'est donc pas vrai que là où les lois dispensent de l'insinuation, elles exigent la saisine.

» 2° Dans les coutumes de Senlis et de Clermont, la saisine et l'insinuation sont également de rigueur. Ces deux formalités n'ont donc pas été introduites pour se suppléer mutuellement; et puisque de ce que l'une est nécessaire, on ne peut pas conclure que l'autre soit inutile, on ne peut pas non plus de ce que l'une est inutile, conclure que l'autre soit nécessaire.

» 3° Il est constant qu'avant l'ordonnance de 1731, l'insinuation et le nantissement étaient également superflus en Artois pour la perfection des Donations entre-vifs. L'exemption de la première de ces formalités, portée par la déclaration du 17 janvier 1736, n'a donc pas été une innovation; il n'a donc pas fallu de nouvelle cause pour maintenir un droit observé jusqu'alors; et par une conséquence ultérieure, on ne peut pas dire qu'on ait rendu le nantissement nécessaire en Artois, par cela seul qu'on a conservé à cette province l'affranchissement de la formalité de l'insinuation.

» 4° Mais qui peut mieux nous instruire des motifs de cet affranchissement, que le législateur à qui la province d'Artois en est redevable? Ecoutons-le donc lui-même dans sa déclaration du 17 janvier 1736. — « L'objet que nous nous sommes proposé dans notre ordonnance du mois de février 1731, ayant été de fixer la jurisprudence des différens tribunaux de notre royaume sur plusieurs questions qui concernent la nature, la forme, et les charges ou conditions des Donations, nous y avons établi, par les art. 19, 20 et suivans, les règles qui doivent être observées par rapport à la formalité des insinuations; et par l'art. 33 de la même ordonnance, nous avons déclaré que nous n'entendions comprendre dans les articles qui regardent cette matière, les pays qui sont du ressort de notre cour de parlement de Flandre, où la formalité des insinuations n'a jamais été en usage. Mais il nous a été représenté que notre province d'Artois était dans le même cas, *la formalité de l'insinuation n'y ayant jamais été observée;* que sur ce fondement le feu roi notre très honoré seigneur et bisaïeul, par sa *Déclaration du 15 septembre 1704*, enregistrée en notre cour de parlement à Paris le 24 septembre suivant, aurait dispensé ladite province de l'établissement des offices de greffiers des insinuations, ordonnant en même temps qu'il en serait usé dans ladite province comme par le passé, à l'égard des actes et contrats qui, sans cette déclaration, auraient été sujets à l'insinuation suivant l'édit du mois de décembre 1703. Ainsi, les raisons qui nous ont porté à excepter les pays du ressort du parlement de Flandre de la disposition des articles de notre ordonnance du mois de février 1731, qui concernent la formalité de l'insinuation, nous engagent à expliquer, de la même manière, nos intentions en faveur de l'ancien usage de notre province d'Artois sur cette matière. A ces causes, etc. » — Il n'y a donc qu'un seul motif qui ait déterminé le législateur à exempter la province d'Artois de la formalité de l'insinuation; c'est qu'*elle n'y avait jamais été observée;* et que sur ce fondement les peuples de l'Artois en avaient encore été dispensés par une déclaration du 15 septembre 1704. — On le voit, il n'est point là question de nantissement; et c'est prêter au législateur un langage qu'il n'a point tenu, que de lui faire dire qu'il dispense de l'insinuation, parceque le nantissement en tient lieu.

» Mais peut-être objectera-t-on que si la formalité de l'insinuation n'a *jamais été observée* en Artois, c'est parceque la nantissement y est regardé comme nécessaire; ainsi, continuera-t-on, la nécessité du nantissement est toujours entrée, d'une manière implicite, dans les motifs de la déclaration du 17 janvier 1736. — Mais n'oublions pas que cette déclaration s'en réfère à celle du 15 septembre 1704. Si donc la déclaration du 15 septembre 1704 ne parle point du nantissement; si, au contraire, elle donne à l'exemption qu'elle prononce un tout autre motif, n'en donnons point, le nantissement n'a été ni pu être considéré par le législateur, lors de la déclaration du 17 janvier 1736. — Or, voici ce que porte la déclaration du 15 septembre 1704. — « Ayant créé, par notre édit du mois de décembre 1703, des offices de greffiers des insinuations laïques dans toute l'étendue de notre royaume, pays, terres et seigneuries de notre obéissance, pour insinuer toutes sortes de contrats et actes dont le public a interêt d'avoir connaissance, les députés des trois ordres des états de notre province et comté d'Artois, nous ont fait représenter la nécessité qu'il y a de dispenser ladite province de l'établissement desdits greffiers, *à cause de l'embarras où les formalités qu'il faut observer pour ces insinuations, jetteraient nos peuples de cette province où elles sont inusitées,* ce qui pourrait donner lieu dans la suite à divers procès et différents, qu'il est de leur avantage et de notre interêt de prévenir. — Et comme nous avons intention de les maintenir dans leurs coutumes, usages et privilèges, comme nous avons ci-devant fait en plusieurs occasions, lorsque nos

Digitized by Google

édits et déclarations y ont été contraires, et qu'il est même venu à notre connaissance qu'ils *ont un greffe général où on enregistre, avec exactitude, toutes sortes de contrats et autres actes, ce qui ne s'observe point dans le reste de notre royaume;* que d'ailleurs ils nous donnent tous les jours des preuves de leur zèle, en nous fournissant la somme de 650,000 livres qu'ils se sont obligés de nous payer tous les ans, tant que la présente guerre durera, pour être exempts de toutes affaires extraordinaires et de finance, et qu'au moyen de cette somme, ils ont, jusqu'à présent, été exemptes de l'exécution de nos autres édits. — A ces causes...., ayant égard aux remontrances qui nous ont été faites par les députés des états de notre province et comté d'Artois; voulons et nous plaît, que notre édit du mois de novembre 1703, portant création des offices de greffiers des insinuations laïques dans toute l'étendue de notre royaume, ne soit d'aucune exécution dans notre province d'Artois; avons dispensé et dispensons ladite province de l'établissement desdits offices. Voulons qu'il en soit usé dans ladite province, comme par le passé, pour ce qui concerne les contrats et actes assujettis par ledit édit à l'insinuation, sans qu'il soit fait, pour raison de ce, aucun trouble à nos sujets de ladite province. »

» Voilà des dispositions bien claires et des motifs très nettement exprimés. La loi dispense la province d'Artois de l'insinuation, pourquoi? Par deux raisons: la première, parceque les embarras où cette formalité *jetteraît les peuples de cette province où elle est inusitée, pourraient donner lieu dans la suite à plusieurs procès;* la seconde, parcequ'il existe dans l'Artois *un greffe général* (le greffe du Gros d'Arras) *où on enregistre avec exactitude toutes sortes de contrats et autres actes, ce qui ne s'observe point dans le reste du royaume.* — Encore une fois, le nantissement n'est donc entré pour rien dans les motifs qui ont fait affranchir la province d'Artois de l'insinuation.

» 5° Enfin, quand on accorderait au demandeur tout ce qu'il débite à cet égard d'après Roussille et Papon, qu'en pourrait-on conclure? Serait-il bien conséquent de dire que les Donations de biens situés en Artois ont été assujetties à la formalité du nantissement, par cela seul qu'elles ont été dispensées de l'insinuation? Jamais l'abrogation d'une coutume aussi expresse, et d'une jurisprudence aussi bien établie que l'est celle d'Artois, sur l'inutilité du nantissement pour la validité des Donations, ne pourra résulter des motifs d'une loi postérieure, quels qu'ils soient. Les motifs du législateur, lorsqu'ils sont bien connus, peuvent servir à l'interprétation de ses dispositions, et aider leur application aux cas particuliers; le juge peut même en induire des décisions pour des cas qui ne sont réglés par aucune loi; mais ils ne peuvent jamais servir de fondement à l'anéantissement d'une coutume qui existe, d'une jurisprudence qui n'a jamais varié. L'abrogation des lois, comme leur établissement, n'appartient qu'au pouvoir législatif; et ce n'est qu'en statuant que le législateur exerce ce pouvoir. Il statue d'après ses motifs, mais ses motifs ne sont pas ses statuts; et puisqu'il faut qu'il statue pour abroger, l'abrogation ne peut se trouver que dans ses dispositions.

» *Cinquième erreur.* Dans l'hypothèse que la réalisation ne fût pas requise du vivant du donateur, pour la validité des Donations de biens régis par la coutume d'Artois, la tradition, soit réelle, soit feinte, serait toujours indispensable, parceque la tradition est l'ame de la Donation entre-vifs, et qu'elle a toujours été le principe de notre droit commun coutumier.

» *Réponse.* Le demandeur ignore donc que dans les coutumes de nantissement, on ne sait pas ce que c'est que *tradition réelle ou feinte*, dans le sens qu'il prête à ces mots. En effet, ce n'est ni par une possession prise de fait, ni par une réserve d'usufruit, qu'on peut, dans ces coutumes, transférer la propriété. Ou ne le peut que par des devoirs de loi; les devoirs de loi seuls y prévinennent les inconvéniens auxquels on a voulu remedier en établissant la forme du nantissement; et de là vient que dans celles de ces coutumes où la Donation n'a point d'effet sans tradition, ce n'est ni par une tradition de fait, ni par une tradition feinte, qu'on remplit leur vœu, mais uniquement par un acte de dessaisine et saisine. — Quelle est donc ici l'inconséquence du demandeur? La tradition feinte ne peut pas, dans la coutume d'Artois, suppléer à la tradition par dessaisine et saisine; et l'on voudrait qu'en jugeant inutile la tradition par dessaisine et saisine, on jugeât au moins nécessaire la tradition feinte! A quoi servirait-elle donc cette dernière espèce de tradition? Exproprierait-elle le donateur? Non. L'empêcherait-elle de vendre ou d'aliéner le bien? Non. Elle ne produirait donc rien; et dès-lors, à quoi bon l'exiger?

» Mais, nous dit-on, Maillard, sur l'art. 93 de la coutume d'Artois, enseigne que la tradition feinte est requise dans cette province, quand il n'y a point de tradition par dessaisine et saisine. — Il est vrai que Maillard a donné dans cette erreur; mais il l'a reconnue, et il s'est rétracté. C'est ce que nous apprend Brunel en ses *Observations sur le droit coutumier*, chap. 6, n. 46; voici ses termes: « Maillard, sur l'art. 93 de la coutume d'Artois, dit que sans tradition feinte, c'est-à-dire, sans rétention d'usufruit ou sans possession de fait, la Donation entre-vifs serait nulle en Artois, comme ailleurs; car (dit-il) ce serait effectivement donner et retenir, alléguant la coutume de Paris. Néaumoins cet auteur, dans ses apostilles qu'il a envoyées au conseil d'Artois en 1709, dit, *en se rétractant*, que *donner et retenir* ont lieu en Artois, alléguant Desmasures, liv. 3, tit. 15, n. 16, 26 et 27. » — Un jurisconsulte plus moderne établit encore mieux que la tradition feinte n'est requise que dans les coutumes où la règle *donner et retenir ne vaut* est admise avec tous les effets que lui attribuent les coutumes de Paris et de Châlons. Nous voulons parler de Me.

Digitized by Google

Bergier, auteur des notes savantes dont est enrichie l'édition de Ricard, qui a paru à Riom en 1783. Voici comment il s'explique, tome 1, page 230, note *c* : « Ce que dit ici Ricard, que lorsque le donateur demeure en possession de la chose donnée jusqu'à son décès, sans s'en être réservé l'usufruit, la Donation est nulle par le défaut de tradition, n'est vrai que dans les pays coutumiers où la tradition de fait est de l'essence de la Donation comme la tradition de droit; mais en pays de droit écrit » (et par la même raison, dans les coutumes qui ont conservé la disposition de la loi 35, *C. de Donationibus*), « une pareille circonstance ne nuirait pas à la validité de la disposition, parceque la tradition *de fait*, ainsi que le remarquent Ricard lui-même dans la distinction suivante, et Furgole, quest. 38, n'est pas de l'essence de la Donation, dans les principes du dernier droit. — Ce n'est pas que l'irrévocabilité de la Donation ne soit bien le caractère essentiel de la Donation entre-vifs en pays de droit écrit, comme en pays coutumier; mais la tradition ne constitue pas précisement l'irrévocabilité, elle n'est qu'un moyen de l'affermir. »

» *Sixième erreur.* En tout évènement, la Donation n'a pu, faute de saisine, transférer à M. de Warenghien qu'une action personnelle, et par conséquent mobilière : la transaction elle-même n'a pas eu plus d'effet. M. de Warenghien ne peut donc prétendre que la valeur des biens donnés; et ce n'est pas le demandeur qui est tenu de la lui fournir, puisqu'il n'est pas l'héritier mobilier des sieur et demoiselle de Warenghien.

» *Réponse.* Il n'est pas vrai que la transaction soit restée en pure *personnalité;* elle a été *réalisée* du vivant même de la demoiselle de Wareughien; et, par conséquent, dès qu'elle est valable (ce qui ne peut être sérieusement contesté), il est évident qu'elle a transféré à M. de Warenghien un *droit réel* sur les biens qui en sont l'objet.

» Mais allons plus loin. Fermons les yeux sur la transaction, et ne voyons dans ce moment que la Donation faite à M. de Warenghien et réalisée après la mort du donateur. — On conviendra sans doute que dans le concours de deux *droits personnels* tendans au même objet, c'est à celui qu'on a *réalisé* le premier, que la préférence est due. La célèbre loi *Quoties*, C. *de rei vindicatione*, en contient une *disposition* expresse; et c'est une vérité reconnue par le demandeur lui-même, puisqu'il ne cesse pas de dire que si, après la Donation, Thomas de Warenghien avait vendu, donné ou transporté les biens à un tiers qui en eût pris saisine avant le donataire, ce tiers serait par-là devenu propriétaire incommutable. — Cela posé, il ne reste plus qu'à examiner à qui de M. de Warenghien ou du demandeur appartient l'avantage d'avoir été saisi le premier des biens compris dans la Donation. — M. de Warenghien s'est trouvé saisi, lorsqu'après la transaction du 4 avril 1778, il s'est fait adhériter des biens, tant en vertu de cet acte qu'en vertu de la Donation du 9 janvier précédent. — Et le demandeur, quand l'a-t-il été, ou, pour parler plus juste, l'a-t-il jamais été? L'est-il même dans ce moment? Non. Pour qu'un héritier acquière en Artois la saisine des biens qui lui sont déférés à titre successif, il faut, suivant l'art. 92 de la coutume, *qu'il fasse les droits et devoirs à ce pertinens.* — Or, *ces droits* et *ces devoirs*, le demandeur ne les a pas faits avant que M. de Warenghien eût pris saisine : il ne les a pas même faits depuis. Il n'a donc jamais été saisi, et il ne le serait pas encore, quand M. de Warenghien ne l'aurait pas devancé.

» Mais allons plus loin encore. Supposons que le demandeur a pris saisine par la voie du relief, avant que M. de Warenghien l'eût prise par la voie du rapport et de l'adhéritance; ou, si l'on veut, supposons que dans la coutume d'Artois, comme dans celles d'Amiens, de la châtellenie de Lille et de Douai, la mort saisit le vif purement et simplement, et qu'en conséquence le demandeur s'est trouvé saisi des biens donnés par le sieur de Warenghien, avant que le donataire en eût fait l'*appréhension* judiciairement. — Dans toutes ces hypothèses, le demandeur en sera-t-il quitte pour dire à M. de Warenghien : « La Donation ne vous a transféré qu'une action personnelle et mobilière; cette action, vous ne pouvez l'exercer que contre l'héritier mobilier; et ce n'est pas moi qui le suis? » Ce serait s'abuser étrangement que d'adopter de pareilles idées.

» Il est vrai que la Donation, tant qu'elle n'a pas été réalisée, n'a transmis à M. de Warenghien qu'un droit *personnel;* mais ce droit n'était point *mobilier*, puisque l'action qui en résultait tendait à faire tomber des immeubles dans la propriété de M. de Warenghien. — Revenons aux principes élémentaires. Bourjon (*Droit commun de la France, tome 1, page 133, édition de 1770*), les établit fort clairement : « A l'égard des simples actions (dit-il), leur nature de meuble ou d'immeuble se détermine par l'objet auquel elles tendent : c'est cet objet qui est leur fin et leur matière; c'est donc cet objet qui en doit déterminer la qualité. » Ainsi (ajoute cet auteur) dans les coutumes qui rangent les rentes constituées dans la classe des immeubles, « la promesse de passer un contrat de constitution est immeuble, puisqu'elle tend à avoir une rente qui est telle par la disposition de la loi..... Par le même principe, l'action de réméré est immobilière. » — Pothier développe encore mieux cette règle, en son *Traité de la communauté*, n. 69; et la jurisprudence des arrêts y est conforme... témoin M. le président Desjaunaux, tome 3, §. 272; et tome 4, §. 162.

» Il est donc bien démontré que l'action de M. de Warenghien, pour avoir la délivrance des biens à lui donnés par l'acte du 9 janvier 1778, était immobilière, même avant qu'elle fût *réalisée*. Cela posé, contre qui devait-elle être dirigée? — Ce n'était sûrement pas contre l'héritier mobilier : celui-ci, en effet, n'est tenu que des dettes mobilières, et l'on vient de voir que l'action de M. de Warenghien n'était point de cette classe. Elle tendait d'ail-

Digitized by Google

leurs à un corps certain; et dès-là, elle ne pouvait rejaillir que sur l'héritier saisi de ce corps. — Aussi, quoique la coutume d'Amiens, art. 90, rejette, comme celle d'Artois, *toutes les dettes personnelles* sur la succession mobilière, elle ne laisse pas, comme on l'a vu plus haut, d'obliger l'héritier des héritages donnés, vendus ou transportés par le défunt, sans dessaisine, *d'entretenir telle Donation, vendition ou transport.* — Et quoique la coutume de la châtellenie de Lille impose également à l'héritier des meubles l'obligation de payer toutes les dettes, la cour n'a pas hésité de juger, par le célèbre arrêt du 17 juillet 1778, que le sieur de la Barre ne confondait pas en lui-même, comme légataire universel du mobilier de la demoiselle Alatruye, l'action qu'il avait pour se faire délivrer les immeubles dont celle-ci lui avait fait Donation. — C'est ainsi que, dans la coutume de Paris, où les dettes se répartissent sur tous les biens tant meubles qu'immeubles, si le vendeur d'un fonds n'en a pas fait la délivrance de son vivant, ce n'est pas sur la généralité de ses héritiers que tombe l'obligation de le livrer, mais uniquement sur celui d'entre eux à qui ce fonds est échu. C'est ce qu'enseigne Pothier, *Traité des successions*, chap. 5, art. 2, §. 1.

» Pour mieux sentir l'exactitude de cette doctrine, demandons-nous à nous-mêmes à qui dans la succession de Thomas de Warenghien aurait appartenu un propre de la ligne *Delalaing* qui lui eût été donné avant sa mort, et dont néanmoins il n'eût pas pris adhéritance? Certainement ses héritiers mobiliers n'y auraient en aucun droit; et si la Donation lui eût été faite à la charge que le bien lui eût tenu *cote et ligne*, comme il se pratique journellement en Artois (*V. Propre*), il est incontestable que ce bien aurait appartenu à ses héritiers immobiliers de la ligne *Delalaing*: cela résulte des arrêts de la cour que nous citions tout à l'heure, d'après M. Desjaunaux. — Comment donc le demandeur qui, dans ce cas, profiterait seul d'une dette immobilière et active de Thomas de Warenghien, pourrait-il, dans notre espèce, ne pas supporter seul la dette passive et également immobilière que celui-ci a laissée dans sa succession? Tout le monde sait que *correlativorum eadem est ratio*, et cette règle tranche ici toute difficulté.

» Au surplus, c'est une pure rêverie que la prétention du demandeur de réduire à la valeur du bien donné, l'effet de la Donation faite à M. de Warenghien. Quand le demandeur aurait été saisi de ce bien (supposition qui, d'après ce qu'on a vu plus haut, doit paraître ici très gratuite), toujours serait-il vrai de dire qu'il ne l'a été qu'à la charge de le délivrer à M. de Warenghien, et de s'en dessaisir à son profit. C'est ce que décident les textes cités des coutumes d'Amiens et de Lille. — Ajoutons-y celle de Douai qui n'est pas moins expresse: « Tous donataires (dit-elle, chap. 3, art. 8), peuvent, à leurs dépens, et toutes les fois que bon leur semble, soit du vivant du donateur, ou après, appréhender par mise de fait les dons à eux faits qui ne seraient passés ni recognus par-devant échevins, ou autrement s'y faire réaliser; *et ne peuvent les héritiers retenir les dons, en payant l'estimation d'iceux, combien que par le trépas des donateurs, ils en aient esté saisis.* » — Ne nous étonnons pas, au reste, de trouver toujours autant de conformité entre les coutumes d'Amiens, d'Artois, de Lille et de Douai. Nous savons tous que la juridiction du bailli d'Amiens s'étendait autrefois sur la Flandre gallicane comme sur l'Artois; et il en existe encore des preuves très palpables dans le procès-verbal de rédaction de la coutume d'Amiens de 1507. Si donc il y a en France des coutumes qui, après celle d'Amiens, ont droit de servir d'interprètes au Code municipal de la province d'Artois, ce sont bien celles de Douai et de Lille. »

Sur ces raisons, il est intervenu, le 11 août 1785, après un rapport de plusieurs séances, arrêt qui a débouté, tout d'une voix, André-Albert Delalaing de ses demandes principale et subsidiaire, et l'a condamné aux dépens.]]

[A ces autorités, bien imposantes sans doute, ajoutons-en une qui seule suffit pour décider la question. Elle est tirée des coutumes du bailliage et de la ville de St.-Omer, et de celle du bailliage d'Aire, qui ont été homologuées par lettres-patentes du 27 septembre 1743, enregistrées au parlement de Paris, le 10 décembre de la même année.

L'ancienne coutume de St.-Omer portait que, « main-assise, mise de fait, hypothèque et réalisation pouvaient se faire *après le trépas des vendeurs, donateurs et obligés*, comme de leur vivant, sans qu'il fût nécessaire de reconnaissance préalablement faite par les héritiers. »

Lors de la nouvelle rédaction, les trois états ont été d'avis que cet article devait être conservé; quelques uns des députés ont même observé que l'ancienne coutume de Chauny, art. 15, ayant réglé que les *nantissemens* devaient être faits *du vivant des constituans, débiteurs et obligés*, à peine de nullité, Dumoulin s'était récrié contre cette disposition, par une note ainsi conçue: *Injustum et iniquum, quia heredes sunt debitores; ergò contra eos et futuros creditores fieri potest hæc insinuatio, et hæc barbara consuetudo corrigenda.*

D'autres ont ajouté que l'usage autorisé par l'article dont il s'agissait, était constant et commun à toute la province, et que la même disposition se trouvait dans la coutume de la châtellenie de Lille.

Il est vrai que, d'un autre côté, M. Sévert, conseiller de grand'-chambre, commissaire nommé pour la rédaction, a objecté, comme on le remarque en son procès-verbal, « que ledit article proposé lui paraissait plus fait de jurisprudence que de coutume, sujet à des inconvéniens, et méritant d'être examiné, principalement sur la prétendue jurisprudence observée, soit par la province en général, soit par les coutumes citées »; qu'en conséquence ce magistrat a ordonné « que pour le définitif, il y serait pourvu par la cour; et néanmoins, attendu l'usage universellement attesté par l'assemblée des-

Digitized by Google

dits trois états, et l'avis uniforme des gens des trois états de le conserver, que l'article passerait par provision seulement, jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné par la cour.»

Mais, quelle qu'ait été d'abord la délicatesse de M. Sévert à admettre définitivement cet article, dans la suite mieux informé de l'usage général de la province, il n'a plus fait de difficulté à l'introduire dans les nouvelles rédactions des coutumes du bailliage de St.-Omer, art. 39; de l'échevinage de la même ville, art. 27; du bailliage et de la ville d'Aire, art. 20; voici les termes dans lesquels il l'a rédigé: « Main-assise, mise de fait, hypothèque et réalisation peuvent se faire après le trepas du vendeur, *donateur* et obligé, *comme de leur vivant*, sans qu'il soit nécessaire de reconnaissance préalablement faite par les héritiers desdits vendeurs, *donateurs* ou obligés.»

Ces nouvelles coutumes ayant passé au Bureau de la législation, après avoir été examinées par des commissaires du parlement de Paris, elles ont été homologuées purement et simplement par des lettres-patentes qui n'ont éprouvé aucune modification à l'enregistrement.

Ces lettres-patentes, postérieures de plus de douze ans à l'ordonnance de 1731, sont une preuve bien sensible que cette loi n'avait pas abrogé les coutumes et usages de l'Artois, concernant la validité des Donations entre-vifs qui n'étaient réalisées qu'après le décès des donateurs. *V.* au surplus *Nantissement*, §. 1.]

[[IX. Cette jurisprudence a été confirmée et même étendue aux coutumes de nantissement qui la condamnaient, par l'art. 24 du tit. 1 de la loi du 13 avril 1791: « Sont abolies (porte cet article), à compter du jour où ont été installés les tribunaux de district, toutes les lois et coutumes qui, *pour la validité même intrinsèque des Donations* et des testamens, les soumettent à la nécessité d'être ou passés, ou recordés, ou reconnus, ou réalisés, soit avant, soit dans un certain délai après la mort des donateurs ou testateurs, en présence d'échevins, hommes de fiefs, jurés de cattel ou autres officiers seigneuriaux; et dans les pays soumis auxdites lois ou coutumes, il suffit, pour la validité de ces actes, à compter de l'époque ci-dessus, qu'ils aient été ou soient passés par-devant deux notaires, ou un notaire et deux témoins, ou même à l'égard des testamens, en forme olographe....., sans que le défaut de la transcription au greffe, substituée par l'art. 3 du décret des 17 et 19 septembre 1790, aux dessaisines, saisines, déshéritances, adhéritances, reconnaissances échevinales et autres formalités de cette nature, puisse, dans aucun des ci-devant pays de nantissement, être *opposé aux donataires* ou légataires *par les héritiers des donateurs* ou testateurs.....»

A l'égard du Code Napoléon, on a vu plus haut, §. 1, n. 4, la distinction qu'il fait, par rapport à la tradition, entre les meubles et les immeubles; et il n'y a nul doute que ses dispositions sur les uns et les autres n'aient, relativement aux héritiers du donateur, les mêmes effets que relativement au donateur lui-même.]]

[X. Il reste à examiner si, dans les coutumes qui requièrent la tradition pour la validité des Donations entre-vifs, par rapport aux héritiers du donateur, il était nécessaire, avant le Code Napoléon, que la Donation d'une rente ou dette active fût signifiée au débiteur du vivant de celui-ci.

On dit pour l'affirmative que la tradition d'une créance ne peut s'opérer que par la signification du transport au débiteur qui doit l'acquitter; et, s'il en faut croire Denizart, il a été, sur ce fondement, rendu au parlement de Paris, les 11 février 1732 et 25 février 1755, deux arrêts qui ont annullé des Donations de rentes, faute de signification aux débiteurs.

Mais cette opinion n'est pas à l'abri de toute critique. Nous croyons même que, pesée dans la balance des vrais principes, elle paraîtra souverainement fausse.

Que la signification du transport d'une dette soit nécessaire pour donner la préférence au cessionnaire sur les créanciers ou autres ayant droit postérieurs du cédant; c'est une maxime qui, pour n'avoir pas lieu dans le ressort du parlement de Flandre (*V. Transport*), n'en est pas moins généralement reconnue dans l'intérieur du royaume.

Mais que cette signification soit requise du cédant ou de ses héritiers au cessionnaire, c'est ce que nous ne pouvons nous persuader. La tradition s'opère entr'eux par le seul effet du transport, et il ne faut tout au plus y ajouter que la délivrance des titres de la dette active. «Ce principe, dit M. Pollet (part. 1, §. 22), est confirmé par la loi dernière, D. *de Transactionibus*. Le débiteur qui n'étant point informé de la cession, a transigé avec le premier créancier, n'aurait pas besoin de l'exception que cette loi lui accorde contre le cessionnaire du chef de la transaction, si le cessionnaire n'avait point d'action contre lui avant la signification de la cession.»

Aussi les arrêts de 1732 et de 1755 que rapporte Denizart, et que nous voulons bien supposer avoir réellement jugé la question, n'ont pas fait jurisprudence.

Rousseaud de La Combe nous en a conservé un qui décide nettement le contraire. L'héritier du donateur d'une rente sur l'état, prétendant que c'était la signification seule de la Donation faite au payeur qui pouvait saisir le donataire et opérer la tradition, contestait la validité d'une pareille Donation sur le fondement qu'elle n'avait point été signifiée au payeur; mais par arrêt du 19 août 1739, rendu au rapport de M. Nouet, en la troisième chambre des enquêtes, la Donation fut jugée valable, nonobstant ce défaut de signification.]

[[C'était le célèbre Cochin qui, dans cette espèce, défendait le donataire. — «Le terme de *saisi* (disait-il) renferme une équivoque qu'il est facile de lever. Tout transport, quoique non signifié, oblige

Digitized by Google

le cédant envers le cessionnaire, et par conséquent saisit le cessionnaire relativement au cédant; en sorte que le cédant ne peut plus disposer de la chose cédée, et que s'il le fait, il en est garant et responsable envers le cessionnaire. Il est vrai que, relativement aux tiers, le cessionnaire n'est saisi que par la signification; par exemple, relativement au débiteur, à un second donataire ou à un créancier du cédant, le cessionnaire n'est saisi que par la signification; mais pour la validité de la Donation, il suffit que le donataire soit saisi par rapport au donateur, c'est-à-dire, que celui-ci soit dépouillé de la propriété et qu'elle ait passé au donataire: or, pour cela, la signification n'est pas nécessaire; et par conséquent la Donation par elle-même est parfaite entr'eux, ce qui suffit. — Il est vrai que le donateur peut recevoir le remboursement du débiteur, tant que la Donation ne lui est pas signifiée; mais il n'a pas droit de le recevoir; et s'il le fait, il doit rapporter le prix au donataire; et c'est là précisément ce qui rend la Donation valable. Il n'est pas nécessaire que le donateur ne puisse contrevenir de fait à sa Donation, il suffit qu'il ne le puisse de droit. — Par exemple, dans une Donation de meubles, dont il a été fait un état annexé à la Donation et dont le donateur s'est réservé l'usufruit, il est certain qu'il peut, *de fait*, disposer des meubles, les vendre, les donner, les dégrader, les consumer; cependant la Donation n'en est pas moins valable, parceque le donateur n'a pas *le droit* de le faire, quoique cela lui soit facile *dans le fait*, puisque le donataire ne peut pas l'empêcher. — On convient qu'il y a des arrêts pour et contre sur cette question, qui a été fort controversée au palais; il y en a eu un rendu il y a trois ou quatre ans en la seconde chambre des enquêtes, qui a confirmé une pareille Donation qui n'avait point été signifiée; mais en consultant les règles, et écartant les préjugés, on est persuadé que la signification n'est point de l'essence de la Donation, qu'elle n'est établie par aucune loi, et qu'elle n'est pas nécessaire pour rendre la Donation irrévocable. »]]

[Par un autre arrêt rendu le 25 mai 1762, à la grand'chambre, sur les conclusions de M. Seguier, avocat général, le parlement de Paris a déclaré valable la Donation d'une rente foncière de 100 liv., faite par la dame Le Blanc à la fabrique de Maintenon, quoiqu'elle n'eût pas été signifiée au débiteur de la rente, du vivant de la donatrice. — Les marguilliers de Maintenon, en faveur de qui cet arrêt a été rendu, disaient, par l'organe de M. Doulcet, que « la tradition requise pour la validité des Donations, devaient s'opérer au même instant que la Donation s'accomplit, et que ce devait être le fait du donateur; que la signification au débiteur ne pouvait pas se faire au moment de la Donation; que c'était le fait du donataire; que, par conséquent, il était impossible que la cession formât la tradition exigée par les lois; que la translation de propriété et la remise des titres établissaient la vraie tradition; que la signification des transports à titre onéreux avait pour objet de donner la préférence au cessionnaire, et d'exclure les créanciers, etc. »

Denizart semble vouloir affaiblir l'autorité de cet arrêt, en observant que, dans l'espèce, il s'agissait de la Donation d'une rente foncière; et que, selon Ricard, part. 1, n. 966, la signification n'est pas necessaire en matière de rentes foncières, parcequ'elles conservent la même nature que les héritages qui en sont chargés.

Mais Denizart ne fait pas attention que, si Ricard dispense de la formalité de la signification les Donations de rentes foncières, c'est pour les assujettir à la même tradition réelle ou feinte que celle qui est requise pour les biens-fonds. Or, dans le cas jugé par l'arrêt de 1762, il n'y avait pas eu de tradition de cette espèce: on ne pouvait donc pas s'en prévaloir pour couvrir le défaut de signification. — Ainsi, de deux choses l'une, ou cet arrêt a jugé qu'il ne faut aucune espèce de tradition pour la validité des Donations de rentes foncières, ou il a jugé que la tradition qu'exigent ces Donations, s'opère par la seule remise des titres, et qu'il ne faut pas de signification pour l'effectuer. — L'arrêt peut donc, dans l'une et dans l'autre hypothèse, être regardé comme rendu *en thèse*, et il confirme bien constamment l'opinion qu'avait déjà adoptée celui du 19 août 1739.]

Section VI. *Du contrôle, de l'insinuation,* [[*de la transcription*]], *et des droits auxquels les Donations sont assujetties.*

§. I. *Du contrôle des Donations entre-vifs.*

L'art. 44 du tarif du contrôle du 29 septembre 1722 veut que, pour les Donations entre-vifs, par toutes sortes d'actes, soit par démission, abandonnement en avancement de droits successifs, ou pour quelque autre cause que ce puisse être, soit de meubles ou immeubles donnés en propriété, les droits de contrôle soient payés sur le pied réglé par les art. 3 et 4 du tarif.

Et l'art. 45 porte que, pour les Donations d'usufruit, de pension ou rente viagère, les droits de contrôle seront payés sur le pied de l'évaluation qui sera faite du fonds de l'usufruit, pension ou rente, à raison du denier dix, suivant l'art. 3 du tarif; et que, pour celles qui ne contiendront point d'évaluation, le droit sera perçu suivant l'art. 4.

Le droit de contrôle doit donc être perçu sur la valeur entière de tous les biens meubles et immeubles donnés en propriété, lorsqu'ils sont désignés ou évalués; on à raison du capital au denier dix du produit annuel, s'il n'est donné qu'en usufruit; et à défaut d'évaluation ou de désignation, il est dû le plus fort droit de contrôle pour la Donation, soit en propriété, soit en usufruit.

[[Le droit de contrôle est aboli, mais il est remplacé par le droit d'enregistrement. *V. Contrôle*, et ci-après, §. 4.]]

§. II. *De l'insinuation des Donations entre-vifs.*

I. Ce n'est pas assez pour la validité d'une Dona-

Digitized by Google

tion entre-vifs, qu'il y ait acceptation et tradition des choses données; il faut encore une autre formalité, qui est celle de l'insinuation.

Cette dernière formalité a été introduite pour rendre notoires, par l'enregistrement, les dispositions des actes dont il importe au public d'avoir connaissance, et pour empêcher les fraudes auxquelles le défaut de publicité de ces actes pourrait donner lieu.

C'est à François Ier que l'insinuation doit son existence parmi nous.

[[*V.* le plaidoyer du 14 prairial an 13, rapporté à l'article *Don mutuel*, §. 3.]]

II. Voici quelles sont, sur cette matière, les dispositions de l'ordonnance du mois de février 1731:

« Art. 19. Les Donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe, ne seront pas sujettes à la formalité de l'insinuation.

» 20. Toutes les autres Donations, même les Donations rémunératoires ou mutuelles, quand même elles seraient entièrement égales, ou celles qui seraient faites à la charge de services et de fondations, seront insinuées suivant la disposition des ordonnances, à peine de nullité.

» 21. Ladite peine de nullité n'aura pas lieu néanmoins à l'égard des dons mobiles, augmens, contre-augmens, droits de rétention, agencemens, gains de noces et de survie, dans les pays où ils sont en usage; à l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions, à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter, notre déclaration du 25 juin 1729 sera exécutée suivant sa forme et teneur.

» 22. L'exception portée par l'article précédent et par ladite déclaration, aura pareillement lieu à l'égard des Donations de choses mobilières, quand il y aura tradition reelle, ou quand elles n'excéderont pas la somme de mille livres une fois payée.

» 23. Dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire à peine de nullité, les Donations d'immeubles réels (ou de ceux qui, sans être réels, ont une assiette selon les lois, coutumes, ou usages des lieux, et ne suivent pas la personne du donateur), seront insinuées sous ladite peine de nullité, au greffe des bailliages ou sénéchaussées royales, ou autre siège royal ressortissant nûment en nos cours, tant du domicile du donateur, que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés, ou ont leur assiette; et à l'egard des Donations des choses mobilières, même des immobilières qui n'ont point d'assiette et suivent la personne, l'insinuation s'en fera seulement au greffe du bailliage ou sénéchaussée royale, ou autre siège royal ressortissant nûment en nos cours, du domicile du donateur. Defendons de faire aucunes insinuations dans d'autres juridictions royales, ou dans les justices seigneuriales, même dans celles des pairies; et en cas que le donateur y ait son domicile, ou que les biens donnés y soient situés, l'insinuation sera faite au greffe du siège qui a la connaissance des cas royaux, dans le lieu dudit domicile ou de la situation des biens donnés, le tout à peine de nullité.

» 24. Sera tenu à l'avenir dans chaque bailliage ou sénéchaussée royale, un registre particulier, qui sera coté et paraphé à chaque feuillet par le premier officier du siège, clos et arrêté à la fin de chaque année par ledit officier; dans lequel registre sera transcrit en entier l'acte de Donation, si elle est faite par un acte séparé, sinon la partie de l'acte qui contiendra la Donation, ses charges ou conditions, sans en rien omettre, à l'effet de quoi la grosse ou expédition dudit acte sera representée sans qu'il soit necessaire d'en rapporter la minute.

» 25. Le dépositaire dudit registre sera tenu d'en donner communication toutes les fois qu'il en sera requis, et sans ordonnance de justice, même d'en délivrer un extrait signé de lui, si les parties le demandent, le tout sauf son salaire raisonnable, et ainsi qu'il est réglé par notre déclaration du 17 du present mois.

» 26. Lorsque l'insinuation aura été faite dans les délais portés par les ordonnances, même après le décès du donateur ou du donataire, la Donation aura son effet du jour de sa date, à l'egard de toutes sortes de personnes. Pourra neanmoins être insinuée après lesdits delais, même après le décès du donataire, pourvu que le donateur soit encore vivant; mais elle n'aura effet en ce cas, que du jour de l'insinuation.

» 27. Le défaut d'insinuation des Donations qui y sont sujettes à peine de nullité, pourra être opposé, tant par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur, que par ses héritiers, donataires postérieurs, ou legataires, et généralement par tous ceux qui y auront interêt, autres neanmoins que le donateur; et la disposition du présent article aura lieu, encore que le donateur se fût chargé expressément de faire insinuer la Donation, à peine de tous dépens, dommages et interêts; laquelle clause sera regardee comme nulle et de nul effet.

» 28. Le defaut d'insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens, ou séparée d'avec son mari, et à ses héritiers, pour toutes les Donations faites à son profit, même à titre de dot; et ce, dans tous les cas où l'insinuation est nécessaire, à peine de nullité; sauf à elle ou à ses héritiers d'exercer leur recours, s'il y échet, contre le mari ou ses héritiers: sans que, sous prétexte de leur insolvabilité, la Donation puisse être confirmée en aucun cas, nonobstant le defaut d'insinuation.

» 29. N'entendons neanmoins qu'en aucun cas ledit recours puisse avoir lieu quand il s'agira de Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal, si ce n'est seulement lorsque le mari aura eu la jouissance de cette nature de bien, du consentement exprès ou tacite de la femme.

» 30. Le mari, ni ses héritiers ou ayant cause, ne pourront, en aucun cas, et quand même il s'agirait de Donation faite par d'autres que par le mari, opposer le défaut d'insinuation à la femme commune ou séparée, ou à ses héritiers ou ayant-cause, si ce n'est que ladite Donation eût été faite pour tenir

Digitized by Google

lieu à la femme de bien paraphernal, et qu'elle en eût eu la libre jouissance et administration.

» 31. Les tuteurs, curateurs, administrateurs, ou autres qui, par leur qualité, sont tenus de faire insinuer les Donations faites par eux ou par d'autres personnes aux mineurs ou autres étant sous leur autorité, ne pourront pareillement, ni leurs héritiers ou ayant-cause, opposer le défaut d'insinuation auxdits mineurs ou autres donataires dont ils ont eu l'administration, ni à leurs héritiers ou ayant-cause.

» 32. Les mineurs, l'église, les hôpitaux, communautés, ou autres jouissant du privilège des mineurs, ne pourront être restitués contre le défaut d'insinuation, sauf leur recours tel que de droit contre leurs tuteurs ou administrateurs; et sans que la restitution puisse avoir lieu, quand même lesdits tuteurs ou administrateurs se trouveraient insolvables.

» 33. N'entendons comprendre dans les dispositions des articles précédens qui concernent l'insinuation, les pays du ressort de notre cour de parlement de Flandre (1).

III. Le 17 du même mois de février 1731, il a été rendu, sur le même objet, une déclaration ainsi conçue :

« *Art.* 1. A compter du jour de l'enregistrement des présentes, toutes Donations entre-vifs de meubles ou immeubles, mutuelles, réciproques, rémunératoires, onéreuses, même à la charge de services et fondations, en faveur de mariage et autres, faites en quelque forme et manière que ce soit, à l'exception de celles qui seraient faites par contrat de mariage en ligne directe, seront insinuées; savoir, celles d'immeubles réels ou d'immeubles fictifs, qui ont néanmoins une assiette, aux bureaux établis pour la perception des droits d'insinuation, près les bailliages ou sénéchaussées royales, ou autre siège royal ressortissant nûment en nos cours, tant du lieu du domicile du donateur que de la situation des choses données; et celles de meubles ou de choses immobilières qui n'ont point d'assiette, aux bureaux établis près lesdits bailliages, sénéchaussées ou autre siège royal ressortissant nûment en nos cours, du lieu du domicile du donateur seulement. Et au cas que le donateur eût son domicile, ou que les biens donnés fussent situés dans l'étendue de justices seigneuriales, l'insinuation sera faite aux bureaux établis près le siège qui a la connaissance des cas royaux dans l'étendue desdites justices; le tout dans les temps et sous les peines portées par l'ordonnance de Moulins et la déclaration du 27 novembre 1690. Déclarons nulles et de nul effet toutes les insinuations qui seraient faites à l'avenir en d'autres juridictions, dérogeant à tous édits et déclarations à ce contraires.

» 2. Voulons qu'à commencer au premier juillet prochain, les commis établis dans chacun desdits bureaux, lesquels seront tenus de prêter serment par-devant le lieutenant-général des sièges ci-dessus nommés, tiennent un registre séparé, coté et paraphé par ledit lieutenant-général, ou par le premier ou plus ancien officier du siège en son absence, dans lequel les actes de Donations, si elles sont faites par un acte séparé, sinon la partie de l'acte qui contiendra la Donation avec toutes ses charges et conditions, seront insérés et enregistrés tout au long; pour le paraphe desquels registres, il sera pris dix sous pour ceux de cinquante feuillets et au-dessous, vingt sous pour ceux de cent feuillets, et trois livres pour ceux qui contiendront plus de cent feuillets.

» 3. Lesdits commis seront tenus de communiquer lesdits registres, sans déplacer, à tous ceux qui le demanderont, et de fournir des extraits ou expéditions en papier, suivant qu'ils en seront requis, des actes y insérés; et ne sera pris que dix sous pour le droit de recherche dans chaque registre, et pareille somme pour chaque extrait délivré; et, en cas qu'ils fussent requis de délivrer des expéditions entières des actes enregistrés, il leur sera payé par rôle de grosse le même droit qui se paye pour les expéditions en papier, au greffe du siège près lequel ils seront établis.

» 4. Lesdits registres seront clos et arrêtés, à la fin de chaque année, par le lieutenant général, ou le premier ou plus ancien officier du siège, en son absence; et quatre mois après, seront mis au greffe de la juridiction, à quoi faire lesdits commis seront contraints par corps, à la diligence des substituts de nos procureurs généraux; et sera dressé procès-verbal par le lieutenant général, ou par le premier ou plus ancien officier du siège, de l'état des registres, au bas duquel, le greffier de la juridiction s'en chargera pour donner communication toutes fois et quantes, même en fournir des extraits *gratis* à nos fermiers ou à leurs commis, en lui remboursant les frais de papier timbré seulement, à peine de cent livres d'amende, qui sera encourue sur le simple procès-verbal desdits commis.

» 5. Lesdits greffiers seront pareillement tenus de communiquer lesdits registres, sans déplacer, à ceux qui les demanderont, et de fournir des extraits ou expéditions aussi en papier, suivant qu'ils en seront requis, des actes y insérés. Leur défendons de prendre, pour raison de ce, d'autres droits que ceux qui sont attribués aux commis par l'art. 3 des présentes.

» 6. N'entendons déroger à l'art. 3 de notre déclaration du 20 mars 1708, en ce qui ordonne l'insinuation des Donations par forme d'augmens ou contre-augmens, dons mobiles, engagemens, droits de rétention, agencemens, gains de noces ou de survie, dans les pays où ils sont en usage. Voulons que lesdits actes soient insinués, conformément à ladite déclaration, et les droits payés suivant le tarif, en même temps que ceux du contrôle, dans les lieux où le contrôle est établi; et, dans ceux où le contrôle n'a pas lieu, dans les quatre mois du jour et date desdits actes; sans néanmoins que le défaut d'insinuation desdits actes puisse emporter la peine

(1) [[On a vu ci-devant, sect. 5, §. 2, n. 8, que la disposition de cet article a été rendue commune à l'Artois par une déclaration du 17 janvier 1736.]]

Digitized by Google

de nullité, et ce, conformément à notre déclaration du 25 juin 1729; lesquels droits, lorsqu'ils auront été payés en même temps que ceux du contrôle, appartiendront aux fermiers qui auront insinué lesdits actes, sans répétition.

» 7. Voulons pareillement que ladite peine de nullité ne puisse avoir lieu à l'égard de Donations de choses mobilières, quand il y aura tradition réelle, ou quand elles n'excéderont la somme de mille livres, au cas qu'elles n'eussent pas été insinuées, conformément à l'art. 1 des présentes. Voulons que les parties qui auraient négligé de les faire insinuer, soient seulement sujettes à la peine du double de droit, et que les droits desdites Donations soient payés conformément à ce qui est prescrit par l'article précédent. Voulons, au surplus, que les ordonnances, édits et déclarations enregistrés en nos cours, concernant les insinuations, soient exécutés suivant leur forme et teneur, dans toutes les dispositions auxquelles il n'est pas dérogé par ces présentes. »

[[IV. Du rapprochement de cette déclaration avec les dispositions (ci-dessus retracées) de l'ordonnance de 1731, est née la question de savoir si, indépendamment de l'insinuation au *greffe* prescrite par celle-ci, les Donations entre-vifs étaient encore assujetties à l'insinuation au *bureau* du fermier.

Cette question a été proposée par le parlement de Toulouse à M. le chancelier d'Aguesseau; et voici la réponse qu'y a faite ce magistrat le 10 septembre 1739:

« Le doute que vous me proposez sur le lieu où les Donations peuvent être insinuées, n'est pas difficile à résoudre : il n'y a point de doubles insinuations à faire, par rapport aux Donations. La déclaration du 17 février 1731 est très claire sur ce point, et il n'y a qu'à suivre sa disposition littérale. Il est vrai que, suivant l'art. 24 de l'ordonnance de 1731, sur les Donations, elles doivent être insinuées dans les bailliages ou sénéchaussées, et la déclaration du 17 février n'y a porté aucun changement; elle a seulement expliqué plus en détail la manière de faire cette insinuation, pour concilier, sur ce point, les règles de la justice, avec les établissemens qui y ont été faits dans des vues de finance. Comme, suivant ces dernières vues, il y a un bureau d'insinuation établi auprès de chaque bailliage ou sénéchaussée, on a voulu que ce fût le commis de ce bureau qui tint les registres dans lesquels les Donations seraient enregistrées. Mais il n'agit en cela, que comme représentant *le greffier du siége;* et c'est pour cette raison, qu'il a été ordonné par l'art. 2 de la déclaration, que les commis des bureaux dont il s'agit, seraient tenus de prêter serment par-devant le lieutenant général du bailliage ou de la sénéchaussée par lequel le registre des insinuations serait coté et paraphé. C'est aussi dans le même esprit qu'il est porté par l'art. 4 de la même déclaration, que les registres des insinuations seront clos et arrêtés à la fin de chaque année, par le lieutenant général, ou par l'officier qui le représente en son absence, et que quatre mois après, ces registres sont remis au greffe du siége; à quoi faire les commis des bureaux seront contraints par corps, à la diligence des substituts des procureurs généraux. — Ainsi, d'un coté, l'insinuation doit se faire aux bailliages ou sénéchaussées; de l'autre, ce sont les commis des bureaux établis auprès de ces siéges, qui doivent faire l'insinuation ou l'enregistrement, mais comme ayant prêté serment au premier officier de ces siéges, et sur des registres qui ont été cotés et paraphés par lui et qui doivent être deposés, à la fin de chaque année, au greffe des mêmes siéges, en sorte qu'il ne doit jamais y avoir qu'une seule insinuation, ou un seul enregistrement dans la forme que je viens d'expliquer; et je ne comprends pas sur quoi a pu être fondée l'opinion de ceux qui ont cru qu'il devait y avoir un double enregistrement, une double insinuation, quoique rien ne soit plus contraire, soit à l'art. 24 de l'ordonnance sur les Donations, soit à la lettre ou à l'esprit de la déclaration du 17 février 1731. Leur erreur est venue apparemment de ce qu'ils n'ont pas compris que, dans cette matière, le bureau des insinuations ne devait être considéré que comme une suite et accessoire du greffe du bailliage ou de la sénéchanssée; parceque, comme je l'ai déjà dit, le commis du bureau ne fait qu'exercer la fonction que le greffier remplirait, si l'on n'avait point établi les bureaux d'insinuation. — J'ai cru devoir m'expliquer avec quelque étendue sur ce sujet, non seulement pour faire cesser dans votre esprit un doute dont il m'a paru que vous étiez frappé jusqu'à un certain point, mais pour vous mettre en état de faire connaître dans tout votre ressort la règle qu'on doit suivre dans cette matière, et d'empêcher qu'on n'abuse de l'ignorance des parties pour les engager à faire faire des doubles enregistremens, et payer aussi des doubles droits. »]]

En conséquence de cette lettre, le parlement de Toulouse a ordonné, par arrêt du 2 juin 1740, que l'insinuation des Donations serait faite aux bureaux établis près les sénéchaussées ou siéges royaux ressortissans nûment à la cour, et a défendu aux greffiers de ces siéges de procéder à de pareilles insinuations, à peine de cinq cents livres d'amende, et de restitution du quadruple de ce qu'ils auraient reçu à ce sujet. Le même arrêt a fait défenses aux juges du ressort d'ordonner ou de permettre de telles insinuations, à peine de nullité et des dommages et intérêts des parties.]]

Du reste, les dispositions par lesquelles le législateur a ordonné l'insinuation des Donations dans les siéges royaux ressortissans nûment aux cours, sont fondées, 1° sur ce qu'on doit présumer qu'il y a plus d'ordre et d'exactitude dans les siéges qui sont sous l'inspection immédiate du parlement; 2° sur ce qu'il est du bien des familles que les actes les plus importans se trouvent réunis dans le greffe du siége principal, au lieu d'être dispersés dans une multitude de petites juridictions subalternes; 3° sur ce que ce siége principal est toujours connu, au

Digitized by Google

lieu qu'on ignore souvent dans quelle justice inférieure sont situés des biens compris dans une Donation ou une substitution, et où était le domicile du donateur ou du testateur; 4° enfin sur ce qu'il est du bien des parties d'éviter les degrés de juridiction.

[[Malgré ces considérations puissantes, et au mépris de la loi qu'elles avaient dictée, il a été jusqu'en 1764, d'usage, dans le Diois, de faire insinuer les Donations au bailliage de Die, qui n'était qu'une justice épiscopale et seigneuriale.

Le 3 mai 1763, Jean Maurin, du lieu de Valdrome, a fait à Gaspard Ponçon, son beau-frère, une Donation de tous ses biens, par contrat de mariage. Cette Donation a été insinuée simplement au bailliage de Die. Après la mort du donateur, Antoine et Elizabeth Maurin, l'un son frère, l'autre sa sœur, sont venus attaquer la Donation de nullité, sur ce que ce bailliage n'était que seigneurial, et qu'il y avait contravention à l'ordonnance et à la déclaration de 1731. — Gaspard Ponçon, donataire, s'est défendu sur sa bonne foi, suite nécessaire de l'usage pratiqué dans le Diois. Il a pris au greffe du bailliage de Die, un relevé qui justifiait que depuis l'année 1745 seulement, jusqu'en 1764, il s'y était insinué près de deux cents Donations ou substitutions testamentaires, et qu'il y en avait eu sept notamment insinuées après la Donation dont il s'agissait. Il a observé que casser cette Donation, ce serait jeter le trouble et le désordre dans toutes les familles du Diois. Il a invoqué la maxime, *Error communis jus facit*, et a cité plusieurs exemples où cette maxime l'avait emporté sur la rigueur de la règle, particulièrement celui de la ville de Romans, pour le cas même de l'insinuation des Donations. La justice de cette ville était royale; néanmoins, par abus, les Donations faites dans l'étendue de cette justice, étaient insinuées au bureau établi près le bailliage de Saint-Marcellin. Le 20 janvier 1781, des lettres patentes du roi ont ordonné qu'à l'avenir les Donations, dans le district de la justice royale de Romans, y seraient insinuées, *sans néanmoins qu'à l'égard de celles qui, avant la publication des présentes, ont été insinuées près le bailliage de Saint-Marcellin, on puisse, sous ce prétexte, les arguer de nullité; et lesquelles sortiront effet.* — D'après ces moyens, et conformément aux conclusions de M. de La Boissiere, avocat général, arrêt du parlement de Grenoble, du 31 mars 1786, qui, sans s'arrêter à la demande en nullité de la Donation, met le donataire hors de cour avec dépens.]]

V. Lorsqu'une Donation est insinuée dans les 4 mois de sa date, l'insinuation doit être faite au bureau où le donateur avait son domicile lors de la Donation; mais, après les 4 mois, l'insinuation doit se faire au bureau du lieu où le donateur se trouve alors domicilié, attendu qu'il faut se déterminer par le domicile du temps où la Donation commence à avoir son effet. C'est ce que fit remarquer M. Gilbert de Voisins, avocat général, lors de l'arrêt que le parlement de Paris rendit le 12 février 1737 au sujet d'une Donation faite par le marquis de Bassompierre.

[[Mais l'ordonnance de 1747 sur les substitutions fidéicommissaires, fournit un puissant argument contre cette distinction. Elle porte, art. 19, que la publication et l'enregistrement des substitutions, seront faites au bailliage et sénéchaussée dans l'étendue ou le ressort duquel était le domicile de l'auteur de la substitution, *au jour de l'acte qui la contient*, si elle est faite *entre-vifs*, ou au jour *de son décès*, si elle est contenue dans une *disposition à cause de mort*, sans mettre de différence entre l'insinuation faite entre le premier délai de six mois, et celle qui n'est faite qu'après ce délai. « L'analogie est parfaite (dit M. Bergier sur Ricard, page 305), entre la publication des substitutions et l'insinuation des Donations entre-vifs, quant à leurs effets et aux sièges où ces formalités doivent être remplies: il paraît donc que le silence de la déclaration de 1731, sur le lieu où doit se faire l'insinuation des Donations après les 4 mois, au cas où le donateur change de domicile, doit s'expliquer par l'ordonnance de 1747. »]]

VI. La donation d'une somme de deniers à prendre sur les biens meubles et immeubles du donateur, n'étant qu'une Donation de chose mobilière, il suffit qu'elle soit insinuée au bureau établi près le siège royal du domicile du donateur. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 8 juillet 1739. [[*V. Avantage entre conjoints*, tom. 1, pag. 370.]]

La même règle doit s'appliquer à la Donation d'une part d'enfant, attendu qu'elle n'a point d'objet fixe et qu'elle dépend d'un événement incertain pour la quotité.

Lorsqu'il s'agit de la Donation d'une rente constituée sur des particuliers, il suffit, dans les coutumes telles que celle de Paris, où les contrats de constitution sont réglés par le domicile du créancier et suivent sa personne, que l'insinuation se fasse au domicile du donateur.

[[C'est ce qu'a décidé M. le chancelier d'Agueseau, par une lettre du 7 juillet 1736, dont voici les termes. — Après avoir conféré avec M. ....., sur la question que vous m'expliquez par votre lettre du 20 juin, je pense, comme lui, que l'insinuation qui a été faite au bailliage de Montivilliers, où le donateur a son domicile, est suffisante. Ce n'est pas ici le cas d'assujettir le donataire à en faire faire une seconde au bailliage de Falaise, dans l'étendue duquel les biens affectés à l'exécution de l'acte de Donation sont situés; il faudrait pour cela que la rente viagère qui a été donnée à la demoiselle..... eût une assiette et fût devenue par-là un droit réel: une hypothèque générale ou spéciale ne suffit pas pour cela; et il ne résulte ici de la dernière, qu'une simple délégation sur un fermier, pour la facilité du paiement, qui ne forme point une charge réelle ou foncière, comme il faudrait que cela fût, pour imposer la nécessité d'une seconde insinuation dans le siège royal où les biens affectés à la rente sont situés; autrement il faudrait assujettir les dona-

Digitized by Google

taires en pareil cas, à faire insinuer autant de fois leur Donation, qu'il y aurait de différens sièges, dans l'étendue desquels les biens qui y sont hypothéqués, seraient situés. Ainsi, je crois que la demoiselle..... peut négliger l'avis officieux que le commis au contrôle lui a fait donner, par rapport à l'insinuation de la Donation, et n'en être pas moins en sûreté. »]]

Observez neanmoins qu'en Normandie où les rentes perpétuelles ont une assiette et sont gouvernées par le lien de la situation des immeubles qui y sont hypothéqués, les Donations de ces rentes doivent être insinuées tant au domicile du donateur que dans le siège royal où les immeubles hypothéqués sont situés.

VII. Les art. 2 et 4 de la déclaration du 17 février 1731, et l'art. 24 de l'ordonnance du mois de février 1731, ont réglé la forme suivant laquelle doit être faite l'insinuation des Donations. Les commis ne doivent rien exiger pour que l'insinuation de ces sortes de Donations soit régulièrement faite, puisque la validité ou la nullité de l'acte peuvent dépendre de cette formalité. Si la faute provient des commis, on peut les poursuivre pour les faire condamner à la reparer.

Par acte du 9 août 1728, la comtesse de Montgommery, domiciliée en Normandie, avait donné entre-vifs à la dame Elisabeth Tricot, comtesse du Vaudrest, une somme de 6000 liv. à prendre sur des biens situés tant en Normandie qu'ailleurs; la donatrice mourut le 19 septembre suivant: l'acte fut insinué à Paris le 24 du même mois; il s'agissait de faire insinuer avant l'expiration des 4 mois, à Neufbourg, à cause du domicile, et à Orbec, pour les biens de Normandie: la dame Tricot, donataire, remit l'expédition de la Donation au caissier de la ferme des domaines à Paris, pour la faire passer sur les lieux, et elle lui paya 120 liv. pour le montant des droits de ces deux insinuations, dont il expédia un récépissé le 22 novembre: il adressa le tout au directeur d'Alençon, le même jour, et ce directeur en accusa la réception le 28 du même mois de novembre, en marquant qu'il avait envoyé l'acte et les ordres nécessaires aux commis d'Orbee et du Neufbourg, pour faire les insinuations. — L'acte fut insinué à Orbec le 2 décembre; mais l'insinuation du domicile ne fut faite à Neufbourg que le 12 decembre, c'est-à-dire, 4 jours après l'expiration du délai fatal de 4 mois, à compter de la date de l'acte. Cette circonstance donna lieu aux héritiers de la comtesse de Montgommery d'attaquer la Donation; et, par arrêt du parlement de Paris, du 10 mai 1731, elle fut déclarée nulle, faute d'insinuation dans les 4 mois. — La dame Tricot du Vaudrest appela ensuite le fermier en garantie: il répondit que c'etait à ceux que l'insinuation intéressait à suivre eux-mêmes cette operation; que la dame Tricot ne s'était point adressée à lui, mais à son caissier, qui avait fait ce qu'il avait pu; que c'était à la donatrice à se précautionner contre l'inexactitude et la négligence d'un commis; que d'ailleurs l'insinuation avait été faite à l'instant que l'acte était parvenu au commis de Neufbourg; et que cette dame avait dû prévoir les retardemens de l'arrivée des paquets, et les autres inconvéniens. — En conséquence, le parlement de Paris confirma, par arrêt du 15 mai 1736, la sentence du châtelet, qui avait déchargé le fermier de la demande en garantie, parcequ'en effet on ne pouvait raisonnablement imputer aucune faute au fermier, ni à ses commis.

Par le contrat de mariage de M. Glné, comte d'Epinville, du 17 février 1733, passé par-devant un notaire de Paris, il était stipulé, 1° une exclusion de communauté; 2° un douaire préfix de 1500 liv.; 3° le père et la mère du futur lui faisaient une Donation; 4° par compensation du douaire, la future donnait au futur une pension viagère de 1500 liv., en cas qu'il survecût; 5° le survivant des futurs devait avoir son droit d'habitation et logement, ou une somme annuelle; 6° les futurs se faisaient Donation entre-vifs, mutuelle et irrévocable en faveur du survivant, savoir, de tous les acquêts immeubles qui se trouveraient avoir été faits pendant le mariage, et de la somme de 10,000 liv. une fois payée en deniers comptans, à prendre par le survivant sur les biens meubles et immeubles du prédecédé. Enfin, la septième et dernière clause regardait la dépense de la maison, tant en loyers que nourriture et gages de domestiques. — Cet acte présenté au bureau des insinuations de Paris, y fut insinué le 9 juin 1733; mais le commis n'enregistra que la première, la troisième et la septième disposition; c'est-à-dire, l'exclusion de communauté, seulement sujette à l'insinuation bursale, la Donation au futur en ligne directe, exempte de toute insinuation, et la clause concernant la dépense de la maison, qui n'a jamais été assujettie à aucune insinuation: ainsi l'on enregistra sur le registre de forme, ce qu'il n'était nullement nécessaire d'y porter; et les autres clauses, savoir, la Donation mutuelle, celle de 1500 liv. de pension, et celle de 10,000 liv. en faveur du survivant, furent omises. Cependant il fut mis sur la grosse de l'acte un certificat d'insinuation pur et simple, comme si effectivement cet acte avait été insinué dans toutes ses dispositions. — La femme étant morte en 1742, et ses héritiers ayant eu connaissance de la forme de l'insinuation, attaquèrent les Donations: le fermier fut mis en cause, ainsi que le commis qui avait insinué. — Le fermier soutint que le contrat de mariage ne renfermait aucune clause sujette à l'insinuation, à peine de nullité; il ajouta que c'était aux parties à veiller, non seulement à ce que l'insinuation fût faite, mais encore à ce qu'elle le fût régulièrement, d'autant que le registre est public, et qu'elles peuvent s'assurer par elles-mêmes si tout ce qui est essentiel y est inséré. — Par sentence du châtelet, du 30 mars 1743, les Donations portées par le contrat de mariage, furent déclarées nulles; le commis condamné à indemniser M. d'Epinville, et le fermier déclaré responsable. — Sur l'appel au parlement, le fermier répéta ses premiers moyens; et, comme il était visible que dans

Digitized by Google

la rédaction de l'enregistrement, il y avait ou affectation ou ignorance, il tâcha de répandre des soupçons sur la conduite du notaire qui avait rédigé l'acte, en disant qu'il était parent de la femme, âgée de soixante ans lors de son mariage avec M. d'Epinville; qu'il était l'un de ses héritiers présomptifs; qu'il n'avait ni par l'acte, ni en délivrant l'expédition, averti de l'insinuation; qu'en fournissant au fermier, le 2 juin 1733, l'état des actes par lui reçus et sujets à l'insinuation, il n'y avait point compris le contrat de mariage dont il s'agissait; que la personne qui avait présenté ce contrat au bureau des insinuations, avait en même temps remis au commis un extrait de cet acte, tel qu'il était enregistré, et dont elle déclara requérir l'insinuation : mais on ne put pas rapporter le prétendu extrait, ni justifier que le porteur de l'acte n'avait requis l'insinuation que d'une partie des clauses y contenues. En conséquence, par arrêt du parlement, du 23 janvier 1744, la sentence du châtelet fut confirmée.

[[VIII. Mais dans cette espèce, y avait-il lieu de déclarer nulles, faute d'insinuation légalement faite, les Donations que les époux s'étaient faites par leur contrat de mariage; et l'arrêt qui les a annullées, est-il bien conforme à l'esprit de l'ordonnance de 1731? Voici ce que portent sur cette question les lettres-patentes de Louis XV du 3 juillet 1769:]]

« Par l'art. 19 de notre ordonnance du mois de février 1731, concernant les Donations, nous avons exempté de la formalité de l'insinuation, les Donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe seulement. Par l'art. 20, nous avons assujetti à cette formalité toutes les autres Donations, même rémunératoires ou mutuelles, ce qui comprend toutes les Donations faites par un mari à sa femme, ou par une femme à son mari, ou les dons mutuels et réciproques qu'ils peuvent se faire par contrat de mariage; et par notre déclaration du 17 février de la même année, nous avons, en expliquant cette formalité de l'insinuation, marqué bien clairement encore notre volonté sur l'assujettissement dans lequel nous désirions maintenir les Donations mutuelles, réciproques, rémunératoires, et toute espèce de Donations entre-vifs, excepté celles qui seraient faites en ligne directe par contrat de mariage. Mais ayant été instruits de la diversité de jurisprudence qui s'est établie dans les différens parlemens de notre royaume, et dans les diverses chambres de notre parlement de Paris même, la formalité de l'insinuation à l'égard des dons faits dans un contrat de mariage par un mari à sa femme, ou par une femme à son mari, ou les dons mutuels et réciproques qu'ils peuvent se faire l'un et l'autre lors du contrat, ne paraissant à plusieurs de nos cours d'une nécessité indispensable qu'au domicile seulement des parties contractantes, et d'autres la regardant comme nécessaire, tant au domicile que dans les lieux de la situation des biens; d'autres enfin, ayant pensé que l'insinuation était absolument inutile pour cette espèce de Donation, lors de laquelle il n'y a ni tradition ni transmission de propriété, le donateur n'étant dépouillé d'aucun des biens qu'il donne, et le donataire ne devenant réellement propriétaire qu'au moment du décès du donateur, ce qui ne porte aucun préjudice aux créanciers du donateur dont l'hypothèque subsiste, ni à l'héritier qui doit connaître l'état de la succession avant de se porter héritier; nous avons cru devoir faire cesser cette diversité de jurisprudence très préjudiciable à l'état des biens et à la tranquillité de nos sujets, qui peuvent avoir négligé la formalité prescrite en tout ou en partie; et voulant, par une loi uniforme, déterminer l'esprit des ordonnances qui portent quelques dispositions à cet égard, et qui n'ont établi la formalité de l'insinuation que pour donner aux Donations une authenticité capable de prémunir ceux qui ont ou peuvent avoir, par la suite, des droits sur les biens donnés contre toute espèce de surprise : à ces causes, et autres à ce nous mouvant, de l'avis de notre conseil et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, nous avons dit et déclaré, disons et déclarons qu'à compter du jour de l'enregistrement des présentes, tous les dons, en cas de survie, faits dans les coutrats de mariage par un mari à sa femme, ou par la femme à son mari, tous les dons mutuels réciproques, rémunératoires, faits par l'un et l'autre dans lesdits contrats, soient exempts, jusqu'au jour du décès du donateur, de la formalité de l'insinuation, soit au domicile des contractans, soit au bureau des lieux de la situation des biens donnés, à la charge néanmoins que lesdites Donations de l'espèce ci-dessus détaillée, seront insinuées au domicile du donateur dans les quatre mois, à compter du jour de son décès, dérogeant à tous édits et déclarations à ce contraires. N'entendons néanmoins déroger aux dispositions de l'art. 20 de l'ordonnance de 1731, concernant les Donations, en ce qui concerne les Donations absolues et de biens présens du mari à la femme, et de la femme au mari, qui continueront d'être assujetties à la formalité de l'insinuation, suivant les dispositions des ordonnances, à peine de nullité. »

[[De cette loi, bien examinée, paraissent résulter deux conséquences qu'il est très important de saisir. La première, que les Donations, en cas de survie par contrat de mariage, sont sujettes à l'insinuation prescrite par l'art. 20 de l'ordonnance de 1731, et dans les délais portés par cette loi, à peine de nullité, lorsqu'elles ont pour objet *des biens présens* : la seconde, que si, au contraire, elles portent seulement sur les biens que le donateur laissera à son décès, elles sont dispensées de l'insinuation du vivant du donateur; et ne deviennent sujettes, après son décès, qu'à l'insinuation burale dont l'omission n'influe pas sur leur validité, et n'emporte d'autre peine qu'une augmentation de droits à payer aux traitans.

« Ces deux assertions (dit M. Bergier en ses notes sur Ricard, page 186), sont fondées sur les lettres-patentes du 3 juillet 1769.... Le dispositif en est très obscur, et l'on ne peut en pénétrer le vrai

Digitized by Google

cens et l'esprit, qu'en le rapprochant du préambule.....

» Au premier coup d'œil, on serait porté à croire que le législateur a voulu exempter de l'insinuation, *du vivant* du conjoint donateur, non seulement les Donations qui ne portent que sur les biens que le conjoint donateur aura à son décès, mais même celles qui ont pour objet les biens *présens*, pourvu que les unes et les autres ne soient faites que pour avoir lieu *en cas de survie*; qu'il n'a considéré, en un mot, que la condition de la survie; et qu'il a fait dépendre de cette seule condition, l'affranchissement de l'insinuation, sans s'arrêter à la nature ni à l'objet de la disposition.

» Cependant, quand on y réfléchit plus particulièrement, on s'aperçoit bientôt que le législateur n'a pas eu intention de porter un coup aussi funeste à la sûreté publique.

» Les Donations en cas de survie, qui ont les *biens présens* pour objet, deviennent pures et simples, lorsque la condition de la survie arrive, et ont un effet rétroactif au moment du mariage, de manière que si elles étaient valables sans insinuation, les créanciers postérieurs auxquels elles raviraient le gage de leur sûreté, se trouveraient victimes d'une surprise manifeste. Ce n'est pas ce que le législateur a prétendu autoriser. Il nous apprend dans le préambule, que les Donations sur lesquelles il a porté ses vues, pour fixer, par une loi uniforme, le temps et le lieu où elles doivent être insinuées, sont « cette espèce de Donation, lors de laquelle il n'y a ni tradition, ni transmission de propriété », qui ne porte *aucun préjudice aux créanciers du donateur* dont l'hypothèque subsiste : il a moins eu pour but de faire une loi nouvelle, que de *déterminer*, par une loi uniforme, *l'esprit des ordonnances qui portent quelques dispositions à cet égard;* il a voulu donner à connaître *que ces ordonnances n'ayant établi la formalité de l'insinuation, que pour donner aux Donations une authenticité capable de prémunir ceux qui ont ou peuvent avoir par la suite, des droits sur les biens donnés, de toute espèce de surprise*, leurs dispositions ne pouvaient pas raisonnablement s'appliquer aux Donations qui, par leur nature, ne portent aucun préjudice aux créanciers du donateur. Ce ne peut pas être assurément celles qui ont les biens présens pour objet, mais uniquement celles qui ne frappent que sur les biens que le donateur laissera à son décès. Concluons donc que les Donations de cette dernière espèce sont les seules que le législateur a entendu déclarer exemptes de l'insinuation, du vivant du donateur.

» Ainsi, lorsqu'il a dit qu'il n'entendait point déroger aux dispositions de l'art. 20 de l'ordonnance de 1731, en ce qui concerne les Donations *absolues et de biens présens* du mari à la femme et de la femme au mari, et qu'il voulait, au contraire, qu'elles continuassent d'être assujetties à la formalité de l'insinuation à peine de nullité, il a voulu désigner, par ces expressions, *Donations absolues et de biens* présens qui doivent être entendues distinctement, d'un côté, les Donations pures et simples qui, n'étant point accompagnées de la condition de la survie, portent nécessairement sur les *biens actuels;* d'un autre côté, toutes celles qui portent sur les *biens présens*, quoique, d'ailleurs, leur accomplissement dût dépendre de la condition de la survie.

» De ceci on conclura que si la Donation était de biens présens et à venir, elle serait sujette à l'insinuation prescrite par l'ordonnance de 1731, par rapport à l'option qu'aurait le donataire de la diviser, et de s'en tenir aux biens présens.

» Cependant, tout ce que je viens de dire, doit s'entendre avec ce tempérament fondé sur l'art. 30 de l'ordonnance de 1731, que, dans aucun cas, le mari ni ses héritiers ne peuvent cependant se prévaloir contre la femme, du défaut d'insinuation des Donations qui y étaient sujettes; de sorte que la femme donataire venant à survivre, ne peut éprouver de difficulté sous le prétexte du défaut d'insinuation, que de la part des tiers acquéreurs et des créanciers.

» Enfin, j'ai dit que l'insinuation dans les quatre mois du décès, prescrite par les lettres-patentes de 1769, pour les Donations qui ne portent que sur les biens que le donateur laisse *libres à sa mort*, n'est qu'une insinuation *bursale* qui est sans objet pour les tiers, et n'intéresse que le traitant pour la perception des droits de mutation, suspendus jusqu'à l'événement du décès; une insinuation, en un mot, de la même nature que celles des testamens et des Donations à cause de mort, des gains de noces et de survie, c'est-à-dire, une insinuation dont la négligence n'entraîne pas la *nullité* de la disposition, mais la simple peine du double droit. En effet, cette nullité n'est pas prononcée par les lettres-patentes, comme elle l'est pour les Donations *absolues et de biens présens :* or, les lois pénales ne se suppleent pas. Enfin, j'observerai, en finissant, que ce que je viens de dire est conforme à la dernière jurisprudence du parlement de Paris, qui paraissait déjà fixée avant la publication des lettres-patentes de 1769, comme on peut en juger par les arrêts des 29 juillet 1767 et 26 août 1768, rapportés avec assez de détail, dans la collection de Denisart, au mot *Insinuation*, n. 46 et 47. »

Cette doctrine de M. Bergier a été confirmée, en ce qui concerne les Donations des biens que les époux laisseront à leur décès, par un arrêt de la cour de cassation, du 25 ventose an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 5, page 435, et cité dans le plaidoyer du 14 prairial an 13, qui est inséré dans l'article *Don mutuel*, §. 3.

Mais cette même doctrine, en ce qui concerne les Donations *de biens présens*, subordonnées à la condition de la survie de l'époux donataire, a été réprouvée par un arrêt de la même cour, dont voici l'espèce.

Le 6 thermidor an 8, contrat de mariage entre le sieur Ducreux de Tresette et Marguerite Paule

Digitized by Google

Celle-ci fait à son futur époux *Donation pure et simple entre-vifs, à cause de noces et en cas de survie seulement*, 1° de tout le mobilier qu'elle délaissera à sa mort; 2° de plusieurs immeubles qu'elle possède actuellement, tous désignés dans l'acte, par leur nature, leur assiette et leurs confins. — Cette Donation n'est point insinuée. — Le 30 fructidor an 9, décès de Marguerite Paule. Ses héritiers demandent la nullité de la Donation quant aux immeubles; et ils se fondent sur les art. 20 et 21 de l'ordonnance de 1731, ainsi que sur les lettres-patentes du 3 juillet 1769. — Déboutés de leur demande par le tribunal civil de Villefranche, ils en appellent à la cour de Lyon, qui confirme le jugement attaqué, « attendu que les lettres-patentes du 3 juillet 1769 ont disposé que les dons de survie seraient exempts de la formalité de l'insinuation avant le décès du donateur, et que les Donations absolues et de biens présens seraient insinuées dans les quatre mois de leur date, à peine de nullité; qu'il résulte de ces dispositions, que les Donations entre époux sont rangées par le législateur, en deux classes; l'une, de dons de survie exempts d'insinuation jusqu'au jour du décès du donateur; l'autre, de Donations absolues et de biens présens, assujetties à la formalité de l'insinuation dans les quatre mois de leur date, à peine de nullité; qu'une Donation ne peut être absolue qu'autant qu'elle s'accomplit indépendamment de toute condition; qu'une Donation subordonnée à la condition de survie ne peut donc avoir ce caractère, soit que cette Donation porte sur des biens non présens, non certains, et sur ceux seulement qui existeront au décès du donateur, soit qu'elle porte sur des biens présens, certains, existans et désignés même dans la Donation; que dans l'un et l'autre cas, la disposition n'est qu'un simple don de survie, puisque dans les deux cas, ses effets et son accomplissement sont subordonnés à l'événement de la condition de survie; et que la Donation faite au sieur Ducreux, étant faite en cas de survie, appartient, par conséquent, à la première disposition de la loi, et a été exempte de la formalité de l'insinuation jusqu'au jour du décès de la donatrice. » — Les héritiers de Marguerite Paule se pourvoient en cassation; mais par arrêt du 8 vendémiaire an 14, au rapport de M. Génevois, « attendu que la cour d'appel, en considérant la Donation dont il s'agit comme une Donation à cause de mort, dont l'insinuation pouvait être omise sans encourir la peine de nullité, n'a fait en cela qu'une interprétation conforme à la disposition des lois; — Attendu d'ailleurs que cette explication d'un acte susceptible d'interprétation ne pourrait, dans aucun cas, donner ouverture à cassation; — La cour rejette..... »

IX. La Lorraine avait, sur l'insinuation des Donations entre-vifs, une loi particulière: c'était l'édit du duc Léopold, du 13 décembre 1718; et il est à remarquer que d'après cette loi, les Donations mutuelles en cas de survie, par contrat de mariage, étaient, avant la publication du Code Napoléon, assujetties à la solennité de l'insinuation du vivant des deux époux donateurs. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 5, pag. 428.

X. Dans quels lieux ont dû être insinuées les Donations entre-vifs depuis la suppression de l'ancienne organisation judiciaire?

L'art. 24 de la loi du 7 septembre 1790 avait dit que *les contrats assujettis à l'insinuation, seraient provisoirement insinués près le tribunal du district dans l'arrondissement duquel les immeubles qu'ils auraient pour objet seraient situés, sans avoir égard aux anciens ressorts.*

Mais cette disposition a été expliquée et corrigée en ces termes par l'art. 7 de la loi du 27 janvier 1791: — « L'assemblée nationale déclare que, par la disposition de l'art. 24 du décret ci-dessus, concernant l'insinuation, elle n'a entendu déroger à la déclaration du 17 février 1731, ni à l'ordonnance du même mois, ni aux autres lois de la même nature; en conséquence, les actes assujettis par ces lois à l'insinuation, continueront d'être insinués suivant les règles qu'elles ont établies, soit aux greffes des tribunaux de district de la situation des immeubles, soit dans ceux du domicile des donateurs; — Sans néanmoins qu'on puisse arguer de nullité les insinuations qui, depuis la publication dudit décret, jusqu'à celle du présent, auraient pu être faites, par une interprétation erronée dudit art. 24, dans les bureaux des lieux où il n'existait ci-devant que des justices seigneuriales, où sont actuellement établis des tribunaux de district. »

XI. Des circonstances particulières ont déterminé deux lois qui, bien qu'elles n'aient été que transitoires, ne doivent pas être omises dans ce recueil.

La première, du 24 germinal an 3, porte que « les parties intéressées dans des actes d'une date certaine, contenant des dispositions à titre gratuit, tels que Donations entre-vifs, dons mutuels, sujets à la formalité de l'insinuation, et les ayant-cause desdites parties qui auraient omis de remplir cette formalité à dater du 1er avril 1793, seront admis à y satisfaire dans les trois mois de la publication du présent décret, sans être tenus de payer de plus forts droits, et sans qu'on puisse leur opposer le défaut d'insinuation pour la validité desdits actes et dispositions. Le présent décret ne pourra néanmoins préjudicier aux droits des tierces-parties. »

La seconde loi a été rendue le 25 thermidor an 4. Voici comment elle est conçue:

« *Art.* 1. Les citoyens rétablis dans leurs droits par l'anéantissement de l'effet rétroactif des loisdes 5 et 12 brumaire et 17 nivose an 2, ou leurs ayant-cause, qui se trouvent dans les cas prévus par le décret du 24 germinal an 3, seront, pendant les trois mois qui suivront la publication de la présente, admis en payant le droit ordinaire, à faire insinuer tous actes de Donation ou autres de pareille nature sujets à cette formalité.

» 2. Le délai porté en l'article précédent, ne commencera à courir, pour ceux dont les biens sont ou seront mis sous le séquestre national avant son ex-

Digitized by Google

piration, que du jour où ils auront obtenu la mainlevée définitive du séquestre. — Tout le temps qu'il durera, les Donations faites en leur faveur, ne pourront être arguées de nullité pour défaut d'insinuation. »

XII. Depuis la publication du Code Napoléon, l'insinuation n'est plus requise dans les Donations entre-vifs. *V.* le paragraphe suivant.

§. III. *De la transcription des Donations entre-vifs.*

L'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7 avait établi en principe général, que nul acte translatif de propriété ne pourrait avoir d'effet contre des tiers, que du jour de sa transcription au bureau des hypothèques de la situation des biens.

Dès ce moment, les Donations entre-vifs ont été sujettes à deux sortes de formalités, dont le but tendait également à les rendre publiques, l'insinuation et la transcription.

Mais l'insinuation différait de la transcription dans un point important : le défaut d'insinuation annullait la Donation entre-vifs à l'égard des héritiers du donateur; le défaut de transcription la neutralisait seulement à l'égard des créanciers de celui-ci, et de ceux à qui, depuis la Donation non transcrite, il pouvait avoir donné ou vendu les biens qui y étaient compris, pourvu qu'ils eussent eux-mêmes pris la précaution de faire transcrire leur propre contrat.

Le Code Napoléon supprime l'insinuation par son silence; mais il conserve la transcription. Voici ce qu'il porte à ce sujet.

« *Art.* 939. Lorsqu'il y aura Donation de biens susceptible d'hypothèques, la transcription des actes contenant la Donation, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés.

» 940. Cette transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été donnés à sa femme; et si le mari ne remplit pas cette formalité, la femme pourra y faire procéder sans autorisation.

» Lorsque la Donation sera faite à des mineurs, à des interdits ou à des établissemens publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs.

» 941. Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayant-cause, et le donateur.

» 942. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne seront point restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des Donations; sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet; et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables. »

De ces quatre articles, le 941e est le seul qui puisse donner lieu à une question; mais elle est d'un grand intérêt : c'est celle de savoir si le défaut de transcription peut être opposé au donataire par les héritiers du donateur.

La raison de douter est qu'en excluant le *donateur* du droit d'opposer le défaut de transcription, l'art. 941 se tait sur ses héritiers, et que l'on peut dire : *Inclusio unius est exclusio alterius.*

Mais ce n'était point dans l'intérêt des héritiers du donateur, que la loi du 11 brumaire an 7 avait prescrit la formalité de la transcription; elle ne l'avait prescrite que dans l'intérêt des créanciers et des tiers-acquéreurs. Or, le Code Napoléon, en empruntant cette formalité de la loi du 11 brumaire an 7, n'en a changé ni la nature ni les effets; et c'est ce dont on se convaincra facilement par la lecture du procès-verbal de la discussion de l'art. 939 au conseil d'état :

« Le cit. Bigot-Préameneu (porte-t-il), dit que cet article déroge au droit très anciennement établi, d'assurer aux Donations leur publicité par la voie de l'insinuation; mais ce changement doit être la suite de celui qui est intervenu dans une autre partie de la législation: Il existe aujourd'hui des bureaux d'hypothèques où les actes translatifs de propriété doivent être inscrits pour opérer l'expropriation. La majorité de la section a donc pensé que la loi établissant une formalité qui doit être nécessairement remplie pour que la Donation ait ses effets, la publicité en était assurée par ce moyen. — Les membres de la section qui ont adopté une opinion différente, se sont fondés sur ce qu'on connaît des Donations non sujettes à transcription, comme sont les Donations de meubles, et que cependant il est nécessaire de leur donner également de la publicité, lorsque le donateur se réserve l'usufruit des choses données. — La majorité de la section ne s'est point rendue à ces observations. Il lui a semblé que pour quelques espèces de Donations qui sont toujours très rares, il ne fallait point soumettre le plus grand nombre de ces sortes d'actes à une formalité embarrassante et inutile. — On a, au surplus, dans l'une et dans l'autre opinion, entendu que rien n'était préjugé sur le système hypothécaire qui n'était point l'objet de la discussion.

» Le cit. Tronchet dit que la loi qui ordonne l'insinuation a continué d'être exécutée, même depuis l'établissement du régime hypothécaire; qu'elle peut donc conserver encore ses effets; mais il y aurait de l'inconvénient à confirmer dès à présent ce régime, qui mérite d'être soumis à un examen approfondi, au lieu qu'il n'y en a aucun à laisser les choses dans l'état où elles se trouvent, jusqu'à ce qu'on ait prononcé sur le sort de la loi du 11 brumaire an 7.

» Le cit. Treilhard dit que l'inconvénient serait de doubler les frais pour soumettre les Donations à une formalité désormais inutile, puisque la transcription sur les registres hypothécaires est inévitable; que d'ailleurs ces registres assurent mieux la publicité de la Donation, que les registres beaucoup plus obscurs de l'insinuation. — Au surplus,

Digitized by Google

l'article ne préjuge rien sur la loi du 11 brumaire an 7. Si dans la suite elle est réformée, on pourra créer des bureaux d'insinuation, en supposant qu'ils soient nécessaires.

» Le cit. Bigot-Préameneu dit que les droits d'insinuation sont peu considérables, et qu'après la loi rendue par l'assemblée constituante sur l'enregistrement, il fut reconnu par les tribunaux que l'insinuation n'était pas supprimée. — Le point le plus important est de ne rien préjuger sur le régime hypothécaire. — Il sera facile, dit-on, de réformer la disposition qui va être adoptée, si elle ne s'accorde pas avec le nouveau système des hypothèques. —Mais l'opinion du cit. Tronchet est beaucoup plus simple. Pourquoi ne pas maintenir le mode reçu jusqu'ici, afin de se mieux conserver la plus entière liberté par rapport à la loi du 11 brumaire an 7? C'est dans cette vue qu'on a eu l'intention de ne placer dans les autres dispositions du Code civil, aucune expression de laquelle on pût inférer que le régime hypothécaire sera conservé ou changé. Il n'est point de la sagesse du législateur d'arrêter des dispositions dont les bases ne sont pas encore fixées.

» Le cit. Tronchet pense que pour n'établir aucun préjugé, il convient de garder le silence sur l'une et l'autre formalité.

» Le cit. Jollivet dit qu'en prescrivant l'insinuation, l'ordonnance de 1731 ne s'est proposé d'autre but que de rendre les Donations publiques; que la loi du 11 brumaire an 7 a, dans les mêmes vues, ordonné la transcription, et que les Donations y sont sujettes. — Aussi, dans beaucoup de départemens, on a été frappé de l'inutilité de l'insinuation, depuis que la transcription est devenue indispensable. Dans ceux où cette première formalité a été conservée, on ne s'y est déterminé que d'après des circulaires de la régie, qui n'avaient d'autre objet que de conserver le droit fiscal. — L'insinuation n'est donc pas d'un usage universel; tandis que la transcription a lieu sur tous les points de la république.

» Le cit. Tronchet dit que l'insinuation avait, dans son principe et dans ses effets, un objet beaucoup plus étendu et beaucoup plus avantageux que la transcription; elle garantissait les héritiers du danger d'accepter une succession devenue onéreuse par l'effet d'une Donation faite avec réserve d'usufruit. Il leur était facile, en parcourant le registre particulier des insinuations, beaucoup moins volumineux que celui des hypothèques, de s'assurer s'ils ne s'opposaient point à cet inconvénient; d'un autre côté, ils trouvaient sur ce registre toutes les espèces de Donations; au lieu qu'ils ne trouveraient sur ceux des hypothèques, ni les Donations de biens à venir autorisées dans les contrats de mariage, ni celles des meubles avec réserve d'usufruit, ni enfin celles de sommes d'argent à prendre après la mort du donateur, sur les biens de la succession. — La loi de l'insinuation et celle de la transcription existent également: la dernière n'est applicable qu'aux Donations qui transmettent actuellement la propriété de la chose donnée; les autres Donations ne peuvent devenir publiques que par l'insinuation. Dans cet état des choses, il est prudent de ne point s'expliquer sur la force des deux lois.

» Le cit. Jollivet répond que le donataire d'une somme d'argent à prendre sur la succession, serait obligé de faire transcrire son titre pour conserver sa créance: que les recherches sur les registres des hypothèques ne sont pas, comme on le suppose, difficiles et incertaines; à l'aide d'une table alphabétique, on trouve, au nom d'une même personne, toutes les inscriptions qui la concernent.

» Le cit. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit que les registres d'insinuation n'ont été établis, que parceque ceux des oppositions aux hypothèques étaient secrets; ils sont donc inutiles aujourd'hui; ainsi l'article doit être conservé; il aura d'ailleurs l'avantage d'avertir les donataires qu'il est nécessaire de faire transcrire la Donation.

» L'article est adopté. »]]

§. IV. *Des droits auxquels les Donations entre-vifs sont assujetties.*

I. Suivant l'art. 3 de la déclaration du 20 mars 1708, les droits d'insinuation des Donations de meubles et effets mobiliers, doivent être payés sur le pied réglé par le tarif: quant aux immeubles donnés en propriété, et situés dans l'étendue de la juridiction du domicile du donateur, il doit en être payé le centième denier; et s'ils sont situés dans d'autres juridictions que celle où le donateur est domicilié, les droits doivent en être payés, savoir, au greffe du domicile du donateur sur le pied porté par le tarif; et au greffe des autres juridictions, sur le pied du centième denier de la valeur des biens qui y sont situés.

[[II. Les droits d'insinuation ont été supprimés avec l'insinuation elle-même.

Quant à celui de centième denier, il est remplacé par le droit d'enregistrement. *V. Droit de centième denier.*

L'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, fixe le droit d'enregistrement,

1°. A 1 franc 25 centimes par 100 francs pour les Donations entre-vifs en propriété ou en usufruit, en ligne directe; et à la moitié de ce droit, si elles sont faites par contrat de mariage aux futurs (§. 4, n. 1);

2°. A 75 centimes par 100 francs, pour les Donations de meubles entre époux dont l'effet dépend du décès de l'un d'eux (*ibid.*, n. 2);

3°. A 2 francs 50 centimes par 100 francs, pour les Donations entre-vifs en propriété ou usufruit de biens meubles, par des collatéraux et autres personnes non parentes; et à la moitié de ce droit, si elles sont faites par contrat de mariage aux futurs (§. 6, n. 1);

4°. Aux mêmes quotités, pour les Donations entre-vifs en propriété ou en usufruit, de biens immeubles en ligne directe (*ibid.*, n. 2);

5°. A 2 francs 50 centimes par 100 francs, pour

Digitized by Google

les Donations de biens immeubles en propriété ou en usufruit entre époux, et dont l'effet dépend du décès de l'un d'eux (*ibid.*, n. 3);

6°. à 5 francs par 100 francs, pour les Donations entre-vifs de biens immeubles en propriété ou en usufruit, par des collatéraux et autres personnes non parentes (§. 8, n. 1).

De là sont nées plusieurs questions; en voici quelques unes.

III. Lorsqu'en mariant son fils, un père lui a donné tous ses biens présens et à venir, à la charge de payer les légitimes de ses autres enfans, le fils doit-il, à la mort de son père, indépendamment des droits qu'il a payés pour les biens présens à l'époque du contrat de mariage, fournir une déclaration des biens qui ont pu échoir à son père dans l'intervalle de cette époque à son décès? Et les légitimaires sont-ils en ce cas tenus de déclarer eux-mêmes ce qu'*ils* recueillent à titre de légitime?

Le sieur Ginhoux père était décédé laissant deux enfans, le sieur Ginhoux-Saint-Vincent, et le sieur Ginhoux-la-Devèze. Par le contrat de mariage du premier, il lui avait donné tous ses biens présens et à venir, à la charge de la légitime du second; et ce contrat avait été contrôlé et insinué, conformément aux lois du temps de sa passation. — Le receveur de la régie de l'enregistrement, instruit de cet acte, décerne deux contraintes, l'une contre le sieur Ginhoux-Saint-Vincent, l'autre contre le sieur Ginhoux-la-Devèse. — Ceux-ci y forment opposition. — Le 8 ventose an 12, le tribunal civil de l'arrondissement de Nimes juge 1°. que le sieur Ginhoux-Saint-Vincent ne doit rien, parceque son contrat de mariage a, dans le temps où il a été passé, subi toutes les formalités et payé tous les droits dont il était alors passible; 2°. que le sieur Ginhoux-la-Devèze est également à l'abri de toute poursuite, parcequ'en sa qualité de légitimaire, rien ne lui a été transmis par le décès de son père, qui s'était dessaisi par la Donation; parceque l'expédition de sa légitime ne lui a été faite que par voie de retranchement; enfin, parceque la légitime n'est pas une portion héréditaire, mais une créance sur la succession. — La régie de l'enregistrement se pourvoit en cassation contre ce jugement; et, le 20 frimaire an 14, arrêt, au rapport de M. Schwendt, par lequel,

« Vu l'art. 4 et le n. 8 de l'art. 14 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que si Ginhoux-Saint-Vincent a été légalement saisi des biens présens compris dans la Donation portée par son contrat de mariage, il ne l'a pas été alors et n'a pu l'être des biens à venir compris dans le même acte de libéralité; et qu'à leur égard, il doit, aux termes du §. 8 de l'art. 14 et du §. 7 de l'art. 15, ainsi que de la disposition de l'art. 24, une déclaration affirmative ou négative sur les suites et les effets qu'a pu avoir cette partie de la Donation; — Considérant, en ce qui touche Ginhoux-la-Devèze, 1°. que l'art. 4 de la même loi établit un droit proportionnel pour toute transmission de biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès; et que cette disposition, qui n'est modifiée par aucune exception, affecte les portions légitimaires, comme toute autre portion héréditaire, parceque ne s'acquérant que par le décès du père, elles présentent une véritable mutation; — 2°. Que la légitime des puînés ne pouvait être comprise et faire partie de la Donation faite à leur frère aîné, et que celui-ci ne pouvait en être considéré que comme dépositaire; qu'ainsi elle n'a pas été et n'a pu être comprise dans le droit de contrôle et d'insinuation perçu et acquitté par la Donation faite à Ginhoux-Saint-Vincent; — La cour casse et annulle le jugement rendu par le tribunal civil de Nimes le 8 ventose an 12, comme contraire à la loi citée..... »

VI. Est-il dû un droit proportionnel d'enregistrement pour la donation notariée qu'un père fait à ses enfans par forme de *partage*, de tous ses biens actuels, avec réserve d'usufruit et clause expresse que les enfans paieront les dettes dont il se trouvera grevé à sa mort?

Cette question s'est présentée au tribunal civil de l'arrondissement du Vigan, au sujet d'un acte notarié du 13 messidor an 13, par lequel le sieur Mercier avait fait à ses enfans une Donation de cette espèce. Ce tribunal a jugé que le droit proportionnel n'était pas dû, par la raison « que l'acte du 13 messidor n'est qu'un partage anticipé fait par un père de ses biens entre ses enfans; que ce père s'est réservé la jouissance du tout, et n'a pas fait une Donation irrévocable, mais a seulement assigné à chacun la portion qu'il pourra avoir dans ses biens après son décès; qu'il n'a fait qu'un acte équipollent à un testament, toujours révocable tant que dure la vie du testateur; que conséquemment, ses enfans n'ayant rien à prétendre sur lesdits biens pendant la vie du père, il serait injuste de les condamner aujourd'hui à payer un droit proportionnel, attendu qu'il est libre au père d'atténuer ou rendre nuls les droits des enfans: droits qui ne seront valablement acquis que sur les biens *ex fine* du père. » — L'administration de l'enregistrement s'est pourvue en cassation contre ce jugement. Mais par arrêt du 14 juillet 1807, — « Attendu qu'aux termes de l'acte, les enfans sont tenus de payer les dettes que le père laissera à son décès, obligation qui ne peut se concilier avec le caractère d'une Donation entre-vifs; et que le tribunal du Vigan a pu légitimement en tirer la conséquence, que le père était le maître d'atténuer et annuller l'effet de l'acte, qu'il n'y avait pas transmission de propriété, et par conséquent, qu'il ne donnait pas ouverture au droit proportionnel; — La cour rejette..... »]]

V. Les rétrocessions volontaires que le donataire fait au donateur, non seulement n'empêchent pas que le centième denier ne soit exigible pour la Donation, lorsqu'il n'a pas été acquitté, mais encore sont sujettes à un pareil droit, et en outre à la moitié du droit d'insinuation qui a été payé suivant le tarif, pour la Donation. La raison en est que l'acceptation saisit le donataire; et que lorsqu'il rétrocède après

Digitized by Google

avoir accepté, il y a deux mutations de propriété, dont la seconde doit être insinuée par-tout où l'a été la première, puisqu'elle en fait cesser l'effet. C'est une jurisprudence établie et confirmée par différentes décisions du conseil des 12 septembre 1721, 15 juillet 1727, 16 septembre 1730, 7 juin 1732, 21 août 1745, et 23 novembre 1748.

[[La cour de cassation juge pour le droit d'enregistrement.

Le 24 août 1789, acte notarié par lequel Pierre Lafargue donne entre-vifs à Dominique Cayret, son neveu, tous ses biens actuels tant meubles qu'immeubles, à la charge de payer *toutes ses dettes actuellement existantes.* — Le donateur se réserve l'usufruit de tout ce qu'il donne; mais il déclare expressément *se dessaisir de la propriété dont il investit par tradition feinte le donataire présent et acceptant.* — Le 28 du même mois, cet acte est contrôlé; le 3 septembre suivant, il est insinué, et le donataire paye le droit de centième denier. — Le 29 messidor an 9, Jean et Marie-Anne Despeyroux, créanciers et possesseurs des biens de Pierre Lafargue, décédé, présentent à l'enregistrement un acte sous seing-privé, daté du 31 août 1789, et fait double, par lequel Dominique Cayret, craignant que les charges de la Donation du 31 août précédent n'en excédent les avantages, déclare y renoncer et se *dessaisir de la propriété des biens* donnés, renonciation en dessaisissement que Pierre Lafargue accepte. — Le receveur exige sur cet acte un droit proportionnel d'enregistrement; Jean et Marie-Anne Despeyroux le payent comme contraints; mais ils se pourvoient devant le tribunal de première instance de Mirande, qui, par jugement en dernier ressort, du 24 messidor an 9, motivé sur la loi du 22 frimaire an 7, art. 68, §. 1, n. 1, décide qu'il n'est dû qu'un droit fixe d'un franc.

La régie de l'enregistrement se pourvoit en cassation contre ce jugement, et, le 22 frimaire an 11, arrêt, au rapport de M. Anmont, qui, — « Vu l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7, et l'art. 68, §. 1, n. 1, de la même loi; — Considérant que, par la Donation du 24 août 1789, dûment acceptée et revêtue des formalités voulues par la loi, la propriété des biens qui y étaient compris, avait passé des mains de Lafargue, donateur, dans celles de Cayret, donataire; et que, par l'effet de la répudiation de ladite donation, ces mêmes biens sont retournés de Cayret à Lafargue; qu'ainsi, y a eu transmission de propriété; — Considérant que la loi citée soumet au droit proportionnel toute transmission de propriété de biens immeubles; et que l'article de la même loi qui place dans la classe des actes sujets au droit fixe d'un franc, les abstentions, renonciations et répudiations de successions, legs ou communautés, ne parle pas des répudiations de Donations acceptées; que de là il s'ensuit qu'en jugeant l'acte dont il s'agit au procès, sujet à un droit fixe, au lieu de le déclarer assujetti à un droit proportionnel, le jugement attaqué a violé l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7, et fait une fausse application de l'art. 68, §. 1, n. 1, de ladite loi; — Casse et annulle.... »

L'affaire reportée, en exécution de cet arrêt, devant le tribunal de première instance d'Auch, il y intervient, le 1er pluviose an 13, un jugement semblable à celui du tribunal de Mirande.

La régie de l'enregistrement se pourvoit de nouveau contre ce jugement; et par arrêt du 3 thermidor an 13, l'affaire est renvoyée devant les sections réunies.

« S'il y a dans cette affaire quelque chose de difficile (ai-je dit à l'audience du 9 juin 1806), ce n'est pas de prouver que le tribunal d'Auch a mal jugé et violé la loi, mais d'expliquer comment il a pu prendre sur lui de juger aussi mal, et de violer la loi d'une manière aussi scandaleuse.

» L'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7, qui n'est à cet égard que la répétition de la loi du 5 décembre 1790, et des anciennes lois sur le centième denier, assujettit à un droit proportionnel d'enregistrement tous les actes qui emportent transmission de propriété. — Or, par l'acte que Jean et Marie-Anne Despeyroux ont présenté à l'enregistrement le 29 messidor an 9, Dominique Cayret s'était dessaisi de la propriété des biens qui lui avaient été donnés le 24 août 1289, et en avait ressaisi Pierre Lafargue, de la libéralité duquel il les tenait. — Cet acte devait donc un droit proportionnel. — L'évidence elle-même n'est pas plus claire que cette conséquence.

» Et cependant le tribunal d'Auch a jugé que l'acte n'était assujetti qu'à un droit fixe d'un franc. Examinons ses motifs.

» Il est de principe, a-t-il dit, que le donataire peut en tout temps répudier la Donation qu'il a acceptée, et qu'il trouve onéreuse. L'art. 18 de l'ordonnance de 1731 le décide ainsi expressément; et quoique sa disposition ne frappe textuellement que sur les Donations faites par contrat de mariage, à la charge d'acquitter *toutes les dettes de la succession du donateur*, elle n'en est pas moins applicable aux Donations faites, soit par contrat de mariage, soit par tout autre, à la charge des seules dettes dont le donateur est actuellement grevé. C'est l'opinion de Furgole, tant sur cet article même, que dans sa huitième question sur les Donations; et telle était la jurisprudence constante du parlement de Languedoc, comme le prouvent trois arrêts de cette cour, des 22 septembre 1722, 12 et 23 août 1755, rapportés, le premier par Furgole, les deux autres dans le Journal du Palais de Toulouse. — Donc le donataire, Dominique Cayret, a pu, même malgré Pierre Lafargue, donateur, répudier la Donation de celui-ci. — Donc l'intervention de Pierre Lafargue n'était pas nécessaire dans l'acte de répudiation du 31 août 1789. — Donc elle n'a point changé le caractère de cet acte, et n'a pu l'empêcher de valoir comme simple résiliement. — Donc elle n'a pas fait de cet acte un contrat synallagmatique.

» Nous pourrions répondre que Furgole lui-même convient que son opinion sur la *répudiabilité* des Donations entre-vifs après leur acceptation, est su-

Digitized by Google

jette à de très grandes difficultés; qu'elle est combattue, de l'aveu du même auteur, par des raisons très pressantes; et que l'art. 18 de l'ordonnance de 1731 paraît la condamner, par cela seul qu'elle ne l'adopte que pour le cas où le donataire par contrat de mariage est chargé de toutes les dettes que le donateur laissera à sa mort.

» Mais il est bien inutile d'entrer dans cette discussion. Il ne s'agit pas de savoir si Dominique Cayret a eu besoin du consentement de Pierre Lafargue, pour répudier sa Donation. Il s'agit uniquement de savoir si, en répudiant sa Donation, Dominique Cayret a cessé d'être propriétaire de biens dont la propriété lui était acquise; si, par l'effet de cette répudiation, les biens dont la propriété lui était acquise, sont rentrés dans le domaine de Pierre Lafargue; si, par cette répudiation, il s'est opéré, du donataire au donateur, une transmission de propriété. Or, quel donte peut-on vraisemblablement élever sur l'affirmative? D'une part, la transmission de propriété, par l'acte prétendu passé le 31 août 1789, était tellement dans l'intention du donataire et du donateur, qu'ils ont expressément déclaré, l'un qu'il se dessaisissait, l'autre qu'il se ressaisissait de la propriété des biens compris dans la Donation du 24 du même mois. — D'un autre côté, quand ce dessaisissement et ce ressaisissement n'auraient pas été stipulés en termes aussi formels, quand l'acte prétendu passé le 31 août 1789 serait absolument muet à cet égard, pourrait-on nier que ce dessaisissement et ce ressaisissement ont été l'effet nécessaire de la renonciation du donataire à la Donation? La Donation ne l'avait-elle pas investi à la fois de la propriété et de la possession des biens donnés? La réserve de l'usufruit au profit du donateur, n'avait-elle pas formé de sa part une tradition feinte qui, suivant les principes du droit romain, équivalait en tout point à une tradition effective? Et si le donateur avait dès-lors perdu à la fois sa propriété et sa possession, si le donataire était dès-lors devenu à la fois propriétaire et possesseur, nous expliquera-t-on comment le donateur a pu ensuite recouvrer sa propriété et sa possession, comment le donataire a pu ensuite cesser d'être propriétaire et possesseur, sans qu'il y ait eu transmission de celui-ci à celui-là, sans que les biens aient passé des mains de l'un dans les mains de l'autre?

» Mais, a encore dit le tribunal d'Auch, par l'effet de la renonciation du donataire, la Donation est censée n'avoir jamais eu lieu; les choses ont été remises dans le même état que s'il n'y avait pas eu de Donation; et telle est la décision expresse de la loi 1, §. 6, *si quid in fraudem patroni*, au Digeste: *quod repudiatum est, nunquàm nostrum fuisse intelligitur.*

» Remarquons d'abord qu'en citant cette loi, le tribunal d'Auch s'est permis de la tronquer. Cette loi ne s'exprime pas d'une manière aussi générale; elle dit seulement que le legs est censé n'avoir jamais appartenu au légataire, lorsque le légataire, au lieu de l'accepter, le répudie: *Quamvis enim legatum retrò nostrum sit, nisi repudietur, attamen, cùm repudiatur, nostrum non fuisse palàm est.* Et la chose est toute simple: le légataire ne peut devenir propriétaire de son legs, que par l'acceptation qu'il en fait; tant qu'il ne l'accepte pas, il n'est saisi de rien: si donc, au lieu de l'accepter, il le répudie, nécessairement il est censé n'avoir rien reçu du testateur, et le legs demeure confondu dans l'hérédité.

» Mais vouloir qu'il en soit de même du donataire entre-vifs qui, après avoir accepté la Donation, prend le parti d'y renoncer, c'est une dérision. Le donataire entre-vifs qui a accepté sa Donation, est sur la même ligne que le légataire qui a accepté son legs; et certainement le légataire qui, après avoir accepté son legs, viendrait à y renoncer, ne serait pas considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; certainement on jugerait qu'il a été propriétaire pendant tout l'intervalle de son acceptation à sa renonciation; certainement sa renonciation serait assimilée à une rétrocession qu'il ferait de son legs à l'héritier de qui il l'a reçu; certainement cette renonciation serait, à son enregistrement, passible d'un droit proportionnel.

» Que pour régler les obligations respectives du donataire qui répudie et du donateur qui reprend sa chose, on les remette chacun, après la répudiation, au même état que s'il n'y avait pas eu de Donation; que par suite, on force le donataire de rendre les fruits qu'il a perçus, et le donateur de rembourser les dettes qui ont été payées à son acquit; cela se conçoit, et il n'y a là rien que de naturel. Mais là aussi s'arrête la fiction de la loi: la loi ne feint pas, et elle ne peut pas feindre, que tel qui a été propriétaire pendant un temps, ne l'a pas été du tout.

» Lorsque faute de paiement d'un restant de prix, un contrat de vente est résolu, le vendeur et l'acquéreur sont rétablis respectivement dans le même état que si le bien n'avait pas été vendu. L'un reprend sa propriété, l'autre retire son argent. Mais en demeure-t-il moins certain que, dans l'intervalle, l'acquéreur a été propriétaire? En demeure-t-il moins certain que la résolution de la vente équivaut à une vente nouvelle? En demeure-t-il moins certain que, pour cette résolution, il est dû au fisc un droit proportionnel d'enregistrement? Et peut-on oublier que la cour a cassé, le 21 vendémiaire an 9, an rapport de M. Liborel, et le 13 vendémiaire an 10, au rapport de M. Pajon, des jugemens des tribunaux civils des départemens de Seine-et-Oise et de la Seine, qui avaient décidé le contraire?

» Mais, dit encore le tribunal d'Auch, lorsque Dominique Cayret a répudié sa Donation, les choses étaient encore entières: la Donation n'était pas encore insinuée, et conséquemment n'était pas encore parfaite. — Deux réponses.

» 1° La Donation n'avait pas besoin d'être insinuée, pour avoir tout son effet entre le donateur et le donataire. Le donateur ne pouvait pas, suivant l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, opposer au

Digitized by Google

donataire le défaut d'insinuation. Le défaut d'insinuation n'empêchait donc pas que du donateur au donataire, la Donation n'opérât une translation complète de propriété. Il n'empêchait donc pas qu'en renonçant à sa Donation, le donataire ne fût censé retransférer au donateur la propriété qu'il tenait de lui.

» 2° C'est bien gratuitement que le tribunal d'Auch suppose à la renonciation de Dominique Cayret, une date antérieure à l'insinuation de la Donation entre-vifs. La renonciation, il est vrai, est datée du 31 août 1789, et l'insinuation ne l'est que du 3 septembre suivant. Mais où est la preuve que c'est réellement le 31 août 1789 qu'a été faite la renonciation? Consignée dans un acte sous seing-privé, elle ne peut avoir, aux yeux de la loi, d'autre date que celle, ou de son enregistrement qui n'a eu lieu que le 29 messidor an 9, ou du décès de l'une des parties, c'est-à-dire, d'une époque sur laquelle les pièces du procès ne nous fournissent aucun renseignement. Et conçoit-on d'ailleurs que Dominique Cayret eût fait insinuer le 3 septembre 1789, une Donation à laquelle il eût renoncé le 31 août précédent? N'est-il pas évident que s'il eût effectivement renoncé le 31 août, il n'aurait eu garde d'avancer son argent le 3 septembre, pour faire insinuer une Donation qu'il eût eu intérêt, soit de laisser dans l'oubli, soit de faire tomber en caducité?

« Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuller le jugement du tribunal de première instance d'Auch du 1er pluviose an 13.»

Par arrêt du 9 juin 1806, au rapport de M. Rousseau, sections réunies, — « Vu l'art. 1 de la loi du 22 frimaire an 7, et l'art. 68, §. 1, n. 1 de la même loi; — Attendu que toute Donation régulièrement faite et acceptée, est de sa nature irrévocable; que par la tradition, le donateur a été investi de la propriété; et que par l'acte de répudiation qui a eu lieu postérieurement, et qui a tout l'effet d'une rétrocession, cette propriété a repassé au profit du donateur; que celui-ci n'en pouvait être ressaisi sans cet acte; que par-là, il y a eu double mutation de propriété; — Attendu que les raisonnemens du tribunal d'Auch ne sont appliquables qu'à la faculté qu'a le donataire de se dégager des dettes en répudiant la Donation; mais qu'il n'en est pas moins constant qu'il y a une transmission de propriété par la remise que le donataire fait de l'immeuble donné après l'avoir accepté, et consommé ainsi la première mutation sur sa tête; — Qu'on ne peut confondre le cas d'une répudiation d'un héritier ou d'un légataire, au sujet d'une succession ou d'un legs, avec celui d'une répudiation d'une libéralité acceptée: dans le premier, l'héritier et le légataire n'ont rien recueilli, ils ne cèdent rien; dans l'autre, au contraire, le donataire a été approprié de son consentement, et il s'exproprie par la répudiation; — Attendu que la loi citée soumet au droit proportionnel toute transmission de propriété de biens immeubles; et que l'art. 68 qui comprend dans la classe des actes sujets au droit fixe d'un franc, les abstentions et répudiations des successions, legs ou communautés, ne parle pas des répudiations de Donations acceptées; — Qu'ainsi, en jugeant l'acte dont il s'agit sujet à un droit fixe, au lieu de le déclarer sujet au droit proportionnel, le jugement attaqué a violé l'art. 1 de la loi du 22 frimaire an 7, et fait une fausse application de l'art. 68, §. 1, n. 1 de la même loi; — La cour casse et annulle..... »

La même chose a été jugée peu de temps après. — Le 20 nivose an 10, contrat de mariage par lequel Vincent Gisquet donne entre-vifs au futur époux, son fils, le domaine de Fabiargues, à la charge d'acquitter différentes dettes énumérées dans l'acte, et qui s'élèvent à près de 40,000 francs. — Le 4 floréal an 12, Gisquet fils, trouvant cette Donation onéreuse, souscrit au greffe du tribunal civil d'Alais, une déclaration par laquelle il la répudie. — Le même jour, Gisquet père accepte cette déclaration. — La régie de l'enregistrement le poursuit pour le droit de mutation auquel a donné ouverture la rétrocession résultante de la répudiation du fils et de l'acceptation du père. — Vincent Gisquet soutient que le donataire par contrat de mariage est toujours maître de renoncer à la Donation, quand il la trouve onéreuse; que par l'effet de sa renonciation, les biens retournent au donateur comme s'il n'en avait jamais été exproprié; et que par une suite nécessaire de cette fiction de la loi, la renonciation du donataire et l'acceptation qu'en fait le donateur, n'opèrent aucune mutation. — Nonobstant cette défense, le tribunal civil d'Alais condamne Vincent Gisquet à payer le droit réclamé par la régie. — Vincent Gisquet se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 28 juillet 1806, au rapport de M. Coehard, — « Attendu que la Donation faite par Vincent Gisquet à son fils, par son contrat de mariage du 20 nivose an 10, et par lui acceptée, ne comprenant que des biens présens du donateur, avec charge de payer certaines dettes lors existantes, telles qu'elles étaient spécifiées dans ladite Donation, avait transmis au donataire, à titre irrévocable, la propriété exclusive des biens à lui donnés; — Attendu que la répudiation de celui-ci par acte remis au greffe du tribunal civil d'arrondissement, le 4 floreal an 12, répudiation acceptée par le père du donateur par autre acte également remis au greffe le même jour, avait opéré en sa faveur une rétrocession des mêmes objets par lui donnés, laquelle emportait à son profit une transmission de propriété; — Attendu qu'une pareille Donation, strictement relative à des biens présens, à la seule charge de payer des dettes existantes à l'époque où elle avait été faite et acceptée, était absolument étrangère, d'une part, à l'exception portée par l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, qui n'excepte de la règle générale de l'irrévocabilité que les Donations des biens présens faites par contrat de mariage, à la charge de payer en tout ou en partie les dettes de la succession du donateur, ou sous toutes autres conditions absolument dépendantes de la volonté de celui-ci; de l'autre, au n° 1, §. 1 de

Digitized by Google

l'art. 68 de la loi du 22 frimaire an 7, qui ne soumet à la vérité qu'au droit fixe d'un franc les abstentions, répudiations et renonciations à succession, legs ou communauté, mais dont la disposition est évidemment inapplicable au cas de la répudiation d'une Donation acceptée, parfaite et consommée, qui, par-là même, lorsqu'elle arrive, emporte rétrocession de la part du donataire des objets à lui donnés en faveur du donateur; et, par une conséquence nécessaire, transmission de propriété à son profit: d'où il suit qu'en jugeant la répudiation dont il s'agit, passible du droit proportionnel établi par le n° 2 du §. 6 de l'art. 69 de la même loi, qui assujettit au droit de 2 francs 50 centimes les Donations en propriété ou en usufruit des biens immeubles en ligne directe, le tribunal civil d'arrondissement d'Alais a fait une juste application de la loi; la cour rejette..... »]]

Section VII. *Des causes pour lesquelles une Donation entre-vifs peut être révoquée ou résolue.*

I. L'ingratitude du donataire est, comme on le verra sous le mot *ingratitude*, une cause légitime de révocation.

II. La présomption qu'un homme ne se serait jamais porté à donner ses biens à des étrangers, s'il eût prévu qu'il aurait des enfans, a donné lieu à la fameuse loi *si unquàm*, au Code, *de Revocandis Donationibus* suivant laquelle les Donations faites à des étrangers, sont révoquées de plein droit, lorsqu'il survient des enfans au donateur. *Si unquàm libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit Donatione largitus, et posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Avant l'ordonnance de 1731, c'était une grande question de savoir si les termes *filios non habens*, insérés dans la loi *si unquàm*, devaient être pris à la lettre, où si l'on devait en modérer l'étendue littérale par le motif de cette loi; c'est-à-dire, si la révocation devait avoir lieu indistinctement dans tous les cas où le donateur n'avait point d'enfant, ou si l'application de la loi devait cesser lorsqu'il était vraisemblable que le donateur avait prévu le cas des enfans, quoiqu'il n'en eût point encore de vivans. Tel serait le cas où la Donation aurait été faite peu de temps après le mariage du donateur, ou même par son contrat de mariage: on ne pourrait pas présumer qu'alors le donateur eût oublié ses enfans à venir.

Cujas pensait qu'en pareille circonstance, la révocation ne devait pas avoir lieu: il fondait son opinion sur ce que la lettre de la loi doit s'expliquer par l'esprit, et que le seul motif du législateur romain avait été de suppléer à la prévoyance des hommes qui, ayant imaginé qu'ils n'auraient point d'enfans, se seraient dépouillés de leurs biens par des largesses indiscrètes. En conséquence, ce jurisconsulte concluait que, quand le donateur avait prévu le cas des enfans, la loi ne pouvait pas lui être appliquée.

Dumoulin au contraire s'était déclaré pour le sens littéral de la loi; et, quoique Ricard ait voulu rendre suspect ce jurisconsulte célèbre, sous prétexte qu'il n'avait composé son traité que pour combattre une Donation qu'il avait faite à son frère, l'ordonnance de 1731 n'en a pas moins embrassé son opinion, comme étant la plus conforme au texte et au véritable sens de la loi *si unquàm*. En effet, la tendresse d'un père pour ses enfans ne commence qu'à leur naissance; et l'on doit présumer qu'il n'aurait jamais été libéral à leur préjudice, si leur présence eût réveillé en lui les sentimens d'affection paternelle que la nature grave dans les cœurs.

Au reste, lorsque le donateur avait des enfans dans le temps de la Donation, ceux qui surviennent postérieurement ne donnent pas lieu à la révocation de la libéralité. Les uns et les autres n'ont que l'action en distraction de légitime. C'est ce qui résulte de l'art. 39 de l'ordonnance de 1731 [[et de l'art 960 du Code Napoléon]] lesquels ne prononcent la révocation des Donations entre-vifs qu'autant qu'elles ont été faites *par personnes qui n'avaient point d'enfans ou de descendans actuellement vivans.*

Avant la promulgation de l'ordonnance de 1731, on disputait beaucoup sur la question de savoir jusqu'où devait s'étendre une Donation, pour qu'elle fût sujette à être révoquée par survenance d'enfans: les uns voulaient qu'elle fût au moins de la moitié des biens du donateur; les autres soutenaient qu'il suffisait qu'elle fût de quelque partie, même au-dessous de la moitié. La jurisprudence des arrêts n'était pas moins incertaine à cet égard: mais les articles cités [[de l'ordonnance de 1731 et du Code Napoléon]] ont fait cesser toute espèce de doute, en ordonnant que dans le cas prévu, toute Donation entre-vifs serait révoquée, de quelque valeur qu'elle pût être, et à quelque titre qu'elle eût été faite.

L'ordonnance [[et le Code Napoléon]] n'ont pas même excepté de la révocation par survenance d'enfans, les Donations faites par contrat de mariage, si ce n'est 1° les Donations faites aux conjoints par les ascendans; 2° celles que les conjoints se font l'un à l'autre. Les premières ont été exceptées, parceque les ascendans, étant obligés de doter leurs descendans, se sont plutôt acquittés d'un devoir ou d'une dette qu'ils n'ont exercé une libéralité: l'exception concernant les secondes est fondée sur ce que les conjoints, en se gratifiant l'un l'autre par leur contrat de mariage, ont nécessairement prévu la survenance des enfans qui était une suite ordinaire et naturelle de l'engagement qu'ils allaient contracter; et que d'ailleurs les enfans doivent retrouver un jour le fonds de ces libéralités dans les successions de leurs pères et de leurs mères.

[[De cette dernière raison, il elle était déterminante par elle-même, il résulterait que la Donation entre-vifs qu'un mari a faite à sa femme par leur contrat de mariage, de tous les biens qu'il avait

Digitized by Google

alors, devrait être révoquée par la survenance d'un enfant que le donateur, devenu veuf, a eu d'un mariage postérieur. Cependant le contraire a été jugé par un arrêt de la cour de cassation, du 29 messidor an 11, *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 8, page 187.

Remarquez au surplus que les Donations faites entre époux pendant le mariage, sont, comme les Donations qu'ils se sont faites en se mariant, affranchies de la révocation par survenance d'enfans. C'est la disposition textuelle de l'art. 1096 du Code Napoléon.]]

De ce que le bâtard légitimé par le mariage subséquent de son père et de sa mère, jouit des privilèges des enfans légitimes, il faut conclure que si avant de se marier le père ou la mère ont fait des Donations à des étrangers, ces Donations sont révoquées de plein droit par légitimation du bâtard, comme elles l'auraient été par la naissance d'enfans légitimes. *V. Legitimation*, sect. 2, §. 3, n. 4.

Mais, en même temps que le législateur a accordé cette faveur aux bâtards légitimés par un mariage subsequent, il a déclaré qu'elle n'aurait pas lieu à l'égard des bâtards légitimés par d'autres voies, quoique du consentement de leur père. Ainsi les lettres de légitimation accordées par la puissance souveraine à un bâtard, peuvent bien lui assurer un état et l'autoriser à porter le nom de son père, mais elles sont insuffisantes pour faire révoquer une Donation.

[[Cette disposition de l'ordonnance de 1731 ne se retrouve pas dans le Code Napoléon, et la raison en est simple : c'est que le Code Napoléon n'admet pas la légitimation par lettres. *V. Legitimation.*

Du reste, l'art. 40 de l'ordonnance de 1731 et l'art. 961 du Code Napoléon, déclarent que « la révocation aura lieu encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la Donation.]]

L'art. 41 de l'ordonnance citée [[et l'art. 962 du Code Napoléon]] veulent qu'une Donation demeure révoquée par survenance d'enfans, quand même le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur, postérieurement à la naissance des enfans : mais le donataire n'est obligé de restituer les fruits perçus que depuis le jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent lui a été notifiée par exploit ou par un autre acte en bonne forme.

Dumoulin et plusieurs autres avaient décidé que les fruits ne devaient être restitués par le donataire que du jour de la demande ou de la contestation en cause. Louet dit même que cela fut ainsi jugé en 1506 par l'arrêt de Chandon : mais, comme la notification dont on a parlé, fait que le donataire est devenu possesseur de mauvaise foi, l'ordonnance a voulu qu'il fût tenu de restituer les fruits, non seulement du jour de la demande, mais encore du jour de cette notification, quelque considérable qu'eût été l'espace de temps écoulé entre la notification et la demande. — [[C'est ce que vent également le Code Napoléon, art. 962.]]

Suivant l'art. 42 [[de l'ordonnance de 1731 et l'art. 963 du Code Napoléon]], les biens compris dans la Donation révoquée de plein droit, doivent rentrer dans le patrimoine du donateur, libres de toute charge et hypothèque du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot ni aux autres conventions matrimoniales de la femme du donataire. Cette décision doit même avoir lieu dans le cas où la Donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire, et que le donateur se serait obligé comme caution par l'acte de Donation, à l'exécution du contrat de mariage.

Avant l'ordonnance de 1731, les opinions étaient partagées sur la question de savoir si le donateur pouvait user du bénéfice de la loi *si unquàm*, après la mort des enfans qui avait donné lieu à la révocation de la Donation; ou si la Donation reprenait sa force après la mort des enfans, faute par le père donateur d'avoir agi de leur vivant.

Ricard avait adopté cette dernière opinion, et elle était appuyée sur différens arrêts : par l'un, rendu en 1619, un père qui avait eu des enfans depuis la Donation qu'il avait faite, fut déclaré non-recevable à la révoquer, parcequ'il n'avait intenté son action qu'après leur mort : un second arrêt, du 23 avril 1640, intervenu au sujet d'une Donation faite par Pierre et Samuel Menjot, frères, au survivant des deux, avait confirmé cette Donation, nonobstant le mariage contracté depuis par Pierre Menjot, et la survenance d'un enfant qui était mort avant que la Donation eût été révoquée : un troisième arrêt du 13 juillet 1680 confirma la Donation faite par une femme au frère de son mari, comme ayant repris sa force par le décès d'un enfant qui était survenu depuis la Donation.

Cependant l'opinion contraire à celle de Ricard a prévalu et avec raison : en effet, puisqu'une Donation se trouve révoquée de plein droit, lorsque par la suite il survient des enfans, il faut en conclure qu'étant une fois détruite par cette révocation, elle ne peut plus avoir d'exécution sans un nouveau consentement du donateur. C'est ainsi qu'un testament étant une fois annullé par la naissance d'un enfant posthume qui avait été *prætérit*, ne reprend aucune force, quoique ce posthume soit décédé immédiatement après avoir vu le jour.

On doit donc établir pour principe, conformément à l'art. 43 de l'ordonnance de 1731 [[et à l'art. 964 du Code Napoléon]], qu'une Donation révoquée ne peut revivre ni produire un nouvel effet par la mort de l'enfant qui a donné lieu à la révocation, ni par aucun acte confirmatif. C'est pourquoi, si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant survenu, il ne peut le faire que par une nouvelle disposition.

Tiraqueau, Cujas, Barthole et plusieurs autres, croyaient que le donateur pouvait renoncer au bénéfice de la loi *si unquàm* : mais Dumoulin, Co-

Digitized by Google

quille et Ricard ont embrassé l'opinion contraire. Ils se sont particulièrement fondés sur ce que le motif de la loi concernait moins le père que les enfans, et qu'étant de principe qu'une personne ne peut renoncer au privilège introduit en faveur d'un autre, un père ne pouvait valablement renoncer au bénéfice d'une loi dont l'objet principal avait été l'intérêt des enfans. L'art. 44 de l'ordonnance de 1731 [[et l'art. 963 du Code Napoléon]] ont été rédigés en conformité de cette dernière opinion. Ainsi, toute clause par laquelle le donateur renonce à la révocation de la Donation par survenance d'enfans, doit être regardée comme nulle, et ne peut produire aucun effet.

Suivant l'art. 45 [[de l'ordonnance de 1731 et l'art. 966 du Code Napoléon]], le donataire, ses héritiers ou autres quels qu'ils soient, même les tiers détenteurs des choses données, ne peuvent opposer la prescription pour faire valoir la Donation révoquée par survenance d'enfans, à moins qu'ils n'aient possédé durant trente années, à compter du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume, et cela sans préjudice des interruptions telles que de droit.

[[On a prétendu que la loi du 17 nivose an 2 avait aboli les dispositions de l'ordonnance de 1731, concernant la survenance d'enfans; et que, pendant tout le temps qu'elle avait été en vigueur, ces dispositions n'avaient pu avoir aucun effet. Mais ce système a été littéralement condamné par l'arrêt du 29 messidor an 11, qui est cité plus haut.

III. La Donation peut encore être révoquée «pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite.» Ce sont les termes du Code Napoléon, art. 953. *V.* ci-après, sect. 8, §. 1.

IV. Enfin, la Donation se résout par le décès du donataire sans enfans avant le donateur, lorsque celui-ci s'est réservé, pour ce cas, le droit de réversion ou retour. *V. Réversion.*

Section VIII. *Des Donations conditionnelles, des Donations à rente viagère, des Donations onéreuses, des Donations rémunératoires, et des Donations mutuelles.*]]

§. I. *Des Donations conditionnelles.*

I. Une Donation conditionnelle est celle dont l'accomplissement dépend de l'événement de quelque condition [[on qui doit être résolue ou peut être révoquée en cas que tel événement arrive ou n'arrive pas.]]

II. La condition apposée à une telle Donation, est suspensive ou résolutoire : elle est suspensive quand la Donation ne transfère dans le moment de la passation de l'acte, ni la propriété ni l'usufruit des biens donnés, et que le donataire ne doit jouir que quand la condition sera arrivée : ainsi, une Donation faite pour avoir lieu en cas de survie, renferme une condition suspensive.

La condition est résolutoire, quand la Donation après avoir subsisté, peut être résolue par l'événement [[ou le défaut d'événement]] de la condition. Par exemple, une Donation faite à une veuve, à la charge qu'elle ne se remariera pas, renferme une condition résolutoire, puisque, si cette veuve se remarie, les biens donnés et dont elle aura joui, retourneront au donateur. *V. Viduité.*

[[On voit par-là que ce n'est pas des conditions suspensives, mais des conditions résolutoires, que doit être entendu l'art. 953 du Code Napoléon, lequel porte que «la Donation entre-vifs pourra être révoquée..... pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite.»

L'art. 954 ajoute : « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même.»

L'art. 956 dit encore que «la révocation pour cause d'inexécution des conditions, n'aura jamais lieu de plein droit.»

III. La Donation entre-vifs et de biens présens qu'un mari fait à sa femme, ou qu'une femme fait à son mari, par contrat de mariage, renferme-t-elle la condition tacite que le donataire survivra au donateur? Cette question était très controversée dans l'ancien droit. *V.* Furgole, dans ses *Questions sur les Donations*, quest. 49. Mais l'art. 1092 du Code Napoléon fait cesser toute controverse à cet égard : « Toute Donation entre-vifs de biens présens, faite entre époux, par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée.»

IV. Mais il y a une condition qui, dans les contrats de mariage, est toujours inhérente de plein droit, soit aux Donations qui sont faites aux futurs époux, soit à celles qu'ils se font entre eux : c'est celle de l'accomplissement du mariage même. *V.* Furgole, *quest.* 23, et l'art. 1088 du Code Napoléon.]]

V. Il faut faire beaucoup de différence dans les Donations, entre les motifs que le donateur exprime comme étant la cause de sa libéralité, et les conditions qu'il y impose. Car, au lieu que le défaut d'une condition annulle la Donation conditionnelle, elle ne laisse pas de subsister, quoique les motifs qui y sont exprimés se trouvent manquer de vérité.

[[C'est ce que décide la loi 3, *de Donationibus*, au Digeste : *Et generaliter definiendum est multùm interesse causa donandi fuit, an conditio : si causa fuit, cessare repetitionem; si conditio, repetitioni locum fore.*]]

S'il est dit, par exemple, dans une Donation, qu'elle est faite pour faciliter au donataire une acquisition qu'il a en vue, la libéralité aura son effet quand même l'acquisition ne se ferait pas, attendu qu'il reste toujours la volonté absolue du donateur qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés. Mais s'il est dit que la Donation n'est faite

Digitized by Google

qu'à condition que les choses données serviront à l'acquisition d'un tel office, la libéralité n'aura d'effet qu'autant que l'acquisition de cet office aura eu lieu.

[[C'est ce qu'explique parfaitement la loi 2, §. 7, *de Donationibus*, au Digeste : *Titio decem donavi, ed conditione ut indè Stichum sibi emeret. Quæro, cùm homo antequam emeretur, mortuus sit : an aliquid actione decem recipiam ? Respondit : facti magis, quàm juris quæstio est ; nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho, condictione repetam : si verò aliàs quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis Donationis, quàm conditio dandæ pecuniæ existimari debebit ; et mortuo Sticho, pecunia apud Titium remanebit.*

§. II. *Des Donations à rente viagère.*

I. La Donation à rente viagère est conditionnelle, en ce sens, que si le donataire manque à l'engagement qu'il a pris de payer au donateur une rente annuelle tout le temps qu'il vivra, le donateur peut la révoquer et rentrer dans le bien qu'il a donné. *Si doceas, ut affirmas, nepti tuæ ex lege esse donatum à te, ut certa tibi alimenta præberet : vindicationem etiam in hoc casu utilem eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes : id est, actionem quâ dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solùm condictio quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio jure procedit ; verùm etiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.* Ce sont les termes de la loi 1, C. *de Donationibus quæ sub modo. V.* le §. précédent, n. 2.

II. L'art. 26 de la loi du 17 nivose an 2, portait : « Toutes Donations à charge de rentes viagères, ou ventes à fonds perdus, en ligne directe ou collatérale, à l'un des héritiers présomptifs ou à ses descendans, sont interdites, à moins que les parens du degré de l'acquéreur et des degrés plus prochains n'y interviennent et n'y consentent. »

Il n'y a nul doute que cette disposition n'ait perdu toute son autorité depuis la publication du Code Napoléon ; cela résulte, tant de l'art. 918 de ce Code, que de l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12.

Mais n'avait-elle pas été abrogée par la loi du 4 germinal an 8 ; et en conséquence les Donations à charge de rentes viagères qui ont été faites sous l'empire de cette loi au profit de successibles ou de leurs descendans, ne doivent-elles pas avoir leur effet ? Voici un arrêt de la cour de cassation qui juge pour l'affirmative.

Le 6 pluviose an 9, la demoiselle de Boulogne, âgée de quatre-vingt-neuf ans, et ayant pour héritiers présomptifs les sieurs Lesergeant et les sieurs Dubois, vend aux premiers la moitié de la ferme de Beaurepaire, avec tous les fermages arriérés de l'an 7 et de l'an 8, moyennant 1°. la somme de 6000 fr. une fois payée ; 2°. une rente viagère de 1800 fr., exempte de toute retenue ; 3°. une somme de 8000 fr. à payer après son décès, à différentes personnes ; et elle déclare faire *don entre-vifs, absolu et irrévocable, de la plus value des objets vendus et cédés, comparativement aux charges* qu'elle leur impose. — Elle meurt six mois après ; et les sieurs Dubois demandent la nullité de cette disposition, comme contraire à l'art. 26 de la loi du 17 nivose an 2.

Les sieurs Lesergeant répondent que cet article est abrogé par la loi du 4 germinal an 8. — Si cet article, disent-ils, a défendu les ventes à fonds perdus et les Donations à charge de rentes viagères en ligne directe et collatérale, c'est qu'elle voulait établir une égalité parfaite entre tous les héritiers ; et, comme elle les rendait incapables de recevoir la portion dont elle laissait la libre disposition, elle ne permettait pas de leur faire des ventes à fonds perdus, qui ne sont ordinairement que des Donations déguisées. — Mais la loi du 4 germinal a fait disparaître ce système d'égalité ; elle a, par ses art. 1, 3 et 4, permis de disposer, suivant les divers cas qu'elle a prévus, tantôt du quart ou de la moitié, tantôt des trois quarts et même de la totalité de ses biens ; et elle a voulu, par son art. 5, que ces dispositions passent avoir lieu au profit des enfans ou autres successibles du disposant, sans exception et sans que les biens ainsi transmis fussent sujets à rapport. — Or, il suffit que la loi du 4 germinal ait aboli, tant l'égalité absolue entre cohéritiers, que l'incapacité de recevoir plus que son cohéritier, pour qu'elle soit évidemment inconciliable avec la loi du 17 nivose, qui avait établi cette égalité et prononcé cette incapacité. — Peu importe que la loi du 4 germinal ait ou n'ait pas eu pour objet les mêmes actes que l'art. 26 de celle du 17 nivose ; il suffit que celle-ci prohibât les avantages que l'autre a permis, pour qu'il soit impossible de les faire exécuter simultanement ; car on ne peut concilier la liberté avec la défense de faire une même chose, au profit des mêmes personnes. — Si la demoiselle de Boulogne, au lieu de vendre aux sieurs Lesergeant ses droits dans la ferme de Beaurepaire, leur en avait fait une Donation pure et simple, cette libéralité serait maintenue, du moins jusqu'à concurrence de la portion dont il lui était permis de disposer ; mais ce qu'elle pouvait céder à titre gratuit, pourquoi n'aurait-elle pas pu en disposer à titre onéreux ? *Non debet, cui plus licet, quod minùs est, non licere* (L. 21, D. *de regis juris.*) — Il est donc vrai que la loi du 4 germinal an 8 a dérogé à celle du 17 nivose an 2. »

A cette défense, les sieurs Lesergeant opposent une réplique dont voici la substance : — « L'art 26 de la loi du 17 nivose an 2 ne permettait de disposer du sixième ou du dixième, qu'*au profit d'autres que des personnes appelées par la loi au partage des successions.* — Cet article bornait donc la défense de recevoir aux personnes appelées au par-

Digitized by Google

tage des successions; il ne l'etendait pas aux enfans des héritiers. — L'art. 26 a defendu de vendre à fonds perdus et de donner à rente viagère à des héritiers presomptifs. — Ici la défense ne s'arrête pas aux héritiers; elle comprend encore leurs descendans. Et pourquoi lui a-t-on donné une si grande étendue? Etait-ce pour maintenir l'égalité entre tous les héritiers? Mais, d'un côté, les descendans des héritiers ne sont pas héritiers eux-mêmes; et de l'autre, cette égalité était bien plus ouvertement rompue par une Donation pure et simple que par une vente à fonds perdus. Et cependant les enfans des héritiers avaient la capacité de recevoir une Donation, tandis qu'on ne permettait pas de leur vendre à fonds perdus. — Il fallait donc que la défense qui concernait les ventes à fonds perdus, eût un motif particulier, et que ce motif ne fût pas commun à la disposition de la loi qui declarait les héritiers incapables de recevoir ce dont il était permis de disposer. — Et quel est ce motif? Le voici. En interdisant, en ligne directe ou collatérale, les ventes à fonds perdus, le législateur a pensé qu'entre parens, ces sortes de ventes n'étaient ordinairement que des Donations déguisées. Mais dans les ventes de cette nature, tout n'est pas libéralité. N'y eût-il que la rente viagère payée par l'acquereur, cette vente forme un titre onéreux. Le même acte contient donc tout à la fois une vente et une Donation. — Mais comment distinguer ce qui est donné de ce qui est vendu? Par quelle règle, par quel principe cette séparation pourrait-elle s'opérer? On ne peut savoir si le tiers, la moitié ou les trois quarts sont l'objet de la Donation ou celui de la vente. On manque dans une opération de cette nature, de base d'estimation. — Et cependant il est important, il est nécessaire, de distinguer dans ce contrat, ce qui est transmis à titre onéreux, de ce qui est cédé à titre gratuit. La loi n'a pas permis de franchir, dans les libéralités qu'elle autorise, les bornes qu'elle a posées. — Dans une vente à fonds perdus, où l'on ne connait pas ce qui fait la matière de la Donation, comment pourrait-on réduire cette Donation à la portion disponible? On ne pourrait savoir si la loi a été enfreinte ou observée, si la libéralité excède ou non la portion dont elle a permis de disposer, parceque l'etendue de cette libéralité est inconnue. — Ainsi, deux motifs ont fait interdire les ventes à fonds perdus: l'un parcequ'entre parens, ce sont ordinairement des actes simulés et des Donations déguisées; l'autre parceque le même contrat renferme un titre gratuit et un titre onéreux; qu'on est sans base pour estimer ce qui appartient à chacun de ces titres, et qu'alors on ignore si la libéralité excède la portion disponible, et si les lois ont été transgressées. — Le premier motif suffisait pour faire interdire les ventes à fonds perdus au profit des héritiers. — Mais ce motif était sans force contre leurs descendans; puisque ces descendans avaient la capacité de recevoir une libéralité; d'un autre côté, le second motif leur était évidemment applicable. Voilà pourquoi ils ont été compris dans la défense concernant les ventes à fonds perdus. — Ce double motif est clairement exprimé dans la réponse à la cinquante-cinquième question insérée dans la loi du 22 ventose an 2. Cette réponse porte que la loi *ayant anéanti entre successibles les ventes à fonds perdus, faites depuis le 14 juillet 1789, sources très fréquentes de Donations déguisées, parceque les bases d'estimation manquent, elle n'y a pas compris les autres transactions commerciales.* — Les ventes à fonds perdus entre successibles n'ont donc pas été rejetées par la seule raison qu'elles sont des sources trop fréquentes de Donations déguisées, mais encore parceque *les bases d'estimation manquent*; c'est-à-dire, parcequ'on n'a pas de règle qui puisse aider à distinguer l'objet de la vente de l'objet de la libéralité. — La loi du 4 germinal a apporté de grands changemens à celle du 17 nivose. Elle a donné plus d'etendue à la faculté de disposer. Elle a permis de donner à l'un des héritiers la portion dont elle a autorisé la libre disposition. Mais elle a voulu, comme celle du 17 nivose, qu'on se renfermât dans le cercle qu'elle a tracé. elle n'a pas autorisé les héritiers à recevoir une libéralité qui excédât la portion disponible. — Or, lorsque des biens aliénés à fonds perdus excèdent la portion disponible; lorsque le contrat de vente contient, par sa nature et par les dispositions de la loi, une vente et une Donation; lorsque l'objet de la libéralité est tellement confondu avec celui de la vente, qu'on manque entièrement de base et de règle pour les distinguer l'un et l'autre, comment saurait-on si la libéralité surpasse ou non la portion dont il est permis de disposer à titre gratuit? Trouve-t-on dans la loi du 4 germinal une seule disposition, un seul mot qui nous conduise à la solution de cette difficulté? Il est impossible d'y rien apercevoir de semblable; il n'y est pas dit un seul mot des ventes à fonds perdus. — Il y avait deux moyens de lever l'incertitude que présentaient à cet égard les ventes de cette nature; c'était de déclarer, ou que ces ventes seraient en totalité réputées faites à titre onéreux, ou qu'elles seraient considérées en totalité comme faites à titre gratuit. — Alors, dans l'un et l'autre cas, ces ventes auraient été permises entre successibles. Dans le premier cas, l'héritier n'aurait jamais été soumis au rapport; dans le second cas, il aurait dû rapporter ce qui aurait excédé la portion disponible. — Mais la loi du 4 germinal ne contient aucune disposition de cette nature. La difficulté de séparer, dans une vente à fonds perdus, la vente de la Donation, n'a été résolue que par le Code Napoléon, qui veut (art. 918), que la valeur en pleine propriété des biens aliénés à fonds perdus à l'un des successibles, soit imputée sur la portion disponible, et que l'excédant soit rapporté à la succession. — Ainsi, le motif qui a dicté l'art. 26 de la loi du 17 nivose, et qui tenait à la difficulté de séparer, dans une vente à fonds perdus, la vente de la Donation, de distinguer le titre onéreux du titre gratuit, subsistait après la publication de la loi du 4 germinal. Donc cette

Digitized by Google

loi n'a pas abrogé l'art. 26 de celle du 17 nivose.»

Ces moyens ont prévalu devant la cour d'appel de Douai : par arrêt du 18 ventose an 11, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de l'arrondissement d'Arras, du 2 thermidor an 10, elle a accueilli la demande des sieurs Dubois et annullé l'acte du 6 pluviose an 9.

Mais les sieurs Lesergeant s'étant pourvus en cassation, arrêt du 21 ventose an 13, au rapport de M. Bailly, qui, — « Vu les art. 16 et 26 de la loi du 17 nivose an 2; — Considérant que c'a été dans la vue d'empêcher que l'on éludât la prohibition faite par l'art. 16, que l'art. 26 a interdit, comme voies indirectes, toutes Donations à rentes viagères, et toutes ventes à fonds perdus faites, soit à des successibles, soit à leurs descendans; qu'en cela la convention nationale a voulu prévenir deux sortes de fraudes; l'une relative à la forme des actes, l'autre relative aux personnes : etant possible de déguiser une Donation sous la forme d'une vente à fonds perdus, ou de soustraire à la masse d'une succession, une portion plus ou moins forte des biens qui devraient naturellement y entrer, en interposant les descendans des successibles; — Considérant que le si n. 55 de la loi du 22 ventose an 2 donne audit art. 26 de celle de nivose, le motif de la difficulté de trouver une base d'estimation dans une vente à fonds perdus, c'est toujours dans le système de la prohibition de tous les avantages en faveur des successibles : prohibition qui, dans le fait, est le but principal de la loi;— Mais que la loi du 4 germinal an 8 ayant aboli cette prohibition absolue, et l'ayant remplacée par la faculté de disposer, même en faveur des successibles, jusqu'à concurrence du quart, de la moitié, des trois quarts ou de la totalité de l'hérédité, selon les cas qu'elle a déterminés, les art. 16 et 26 de ladite loi de nivose sont tombés avec leurs motifs et leurs conséquences; — Considérant que dans un tel état de choses, il n'y a pas de raisons pour soutenir qu'une vente à fonds perdus et une Donation à charge de rente viagère, en faveur, soit d'un successible, soit de ses descendans, continuent d'être défendues; — Considérant, enfin, que la loi du 4 germinal an 8 ayant déclaré dans ses art. 1er. et 5, que toutes libéralités qui seraient faites, soit par acte de dernière volonté, soit par acte entre-vifs, dans les formes légales, seraient valables, lorsqu'elles n'excéderaient pas la portion disponible des biens du donateur, encore qu'elles fussent faites au profit des enfans ou autres successibles du disposant; et ayant abrogé par son art. 6 toutes les lois contraires, il est devenu indifférent, à compter de la publication de cette loi, que les libéralités soient faites au profit des successibles, sous la forme de Donations à rentes viagères ou de ventes à fonds perdus, pourvu qu'elles n'excèdent point la quotité dont cette même loi accorde la liberté de disposer; et que, dans l'espèce, il n'avait été ni justifié, ni même prétendu que les objets du contrat du 6 pluviose an 9 eussent une valeur supérieure à la portion disponible des biens de la demoiselle de Boulogne. — Casse et annulle.....»

V. au surplus *Portion disponible* et *Rapport à succession*, sect. 3.]]

§. III. *Des Donations onéreuses et de celles qui sont rémunératoires.*

I. La Donation onéreuse est celle qui est faite sous des charges imposées au donataire, soit envers le donateur ou au profit de quelque autre personne qu'il a désignée.

Le donateur peut imposer au donataire telle charge qu'il juge à propos.

Si le donataire n'accomplissait pas les charges sous lesquelles la Donation a été faite, le donateur serait fondé à intenter une action pour faire révoquer la Donation. *V.* ci-devant, §. 1 et 2.

II. La Donation rémunératoire est celle qui est faite pour récompense de services rendus, ou de quelque charge supportée par le donataire.

L'ordonnance de Moulins, en faisant l'énnmération des Donations sujettes à l'insinuation, ne parle pas des Donations rémunératoires. En conséquence, Ricard pensait que quand les services étaient réels et de nature à donner une action au donataire contre le donateur, la Donation qui avait ces services pour objet, devait être affranchie de la formalité de l'insinuation, parceque c'était plutôt un paiement qu'une véritable Donation : mais, comme la clause de récompense pourrait être un faux prétexte, l'art. 20 de l'ordonnance de 1731 a voulu que les Donations rémunératoires fussent assujetties à la loi de l'insinuation comme les autres Donations entre-vifs, sous peine de nullité.

[[On a vu plus haut, sect. 6, §. 2, que l'insinuation est abolie par le Code Napoleon.

Mais le Code Napoléon lui-même maintient le principe que les Donations rémunératoires doivent être, à tous égards, considérées comme des Donations proprement dites; et c'est sur ce fondement qu'il les assujettit, art. 960, à la révocation par survenance d'enfans.]]

§. IV. *Des Donations mutuelles.*

I. Une Donation mutuelle est celle par laquelle deux personnes se donnent réciproquement tous leurs biens, ou du moins un certain genre de biens.

[[Quoiqu'à certains égards, la Donation mutuelle participe de la nature des contrats intéressés, on la considère cependant comme une Donation proprement dite; et elle est assujettie aux mêmes formalités, aux mêmes règles que les Donations pures et simples. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 3, page 61, et tome 8, page 520.]]

II. On distingue la Donation mutuelle entre mari et femme, du Don mutuel. La première se fait par le contrat de mariage ou par quelqu'autre acte qui précède la benediction nuptiale, et elle peut être de tous les biens; le Don mutuel, au contraire, se

Digitized by Google

fait durant le mariage, et ne comprend ordinairement que les biens de la communauté. — [[Mais *V. Don mutuel.*]]

Sur l'insinuation des Donations mutuelles par contrat de mariage, *V.* ci-devant, sect. 6, §. 2, n. 8.

[[La Donation mutuelle que deux époux se font par leur contrat de mariage, de tous leurs biens présens et à venir, pour en jouir par le survivant en toute propriété après le décès du premier mourant, est-elle Donation entre-vifs ou à cause de mort? — Quel est son caractère, lorsque par le contrat de mariage, il est dit en outre que les époux seront, dès le jour de la cérémonie nuptiale, respectivement propriétaires des biens l'un de l'autre? — Cette Donation devait-elle, à peine de nullité, avant la publication du Code Napoléon, être passée devant notaire?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 3 floréal an 13, rapportés à l'article *Conventions matrimoniales*, §. 1.]]

III. Il se fait aussi des Donations mutuelles entre des personnes autres que celles qui veulent s'unir par le lien conjugal.

Il y a cette différence entre les Donations mutuelles faites entre conjoints par contrat de mariage, et celles qui interviennent entre d'autres personnes, que par les premières on peut valablement stipuler que les biens qui se trouveront appartenir au premier mourant, passeront au survivant en propriété ou en usufruit, sauf neanmoins les restrictions introduites par les coutumes; au lieu que les secondes ne peuvent comprendre que les biens dont les contractans jouissent actuellement. (M. GUYOT.) *

[[Il y a, dans la législation actuelle, une différence beaucoup plus importante entre l'un et l'autre: c'est que deux personnes non mariées ensemble, peuvent se faire, par le même acte, une Donation mutuelle entre-vifs; au lieu que cette forme de disposer est interdite aux époux par le Code Napoléon. *V. Don mutuel.*]]

* SECTION IX. *Des Donations par manière d'aisance.*

On appelle ainsi dans le comté de Bourgogne, des Donations qu'un père et une mère font à leurs enfans en avancement d'hoirie.

La coutume du comté de Bourgogne ne fait cependant point mention de ces sortes de Donations; du moins elle ne les qualifie pas ainsi; mais elles sont connues dans le pays sous ces termes, par lesquels on entend la même chose que ce qu'on appelle ailleurs *Donation en avancement d'hoirie.*

On a élevé, à l'occasion de ces sortes de Donations, la question de savoir si une telle Donation faite à un enfant par son contrat de mariage était une véritable constitution dotale qui lui acquérait non seulement l'usufruit, mais encore la propriété de la chose donnée.

Dans le fait, la veuve Boudret, mariant sa fille Cécile avec Claude Varin, avait promis, par le contrat de mariage, de payer à sa fille, le lendemain de ses noces, *par manière d'aisance*, la somme de 1000 liv. dont 500 liv. en argent, et 500 liv. pour la valeur du trousseau; et sur les biens qu'elle laisserait à son decès, elle assura à sa fille une part égale à celle de ses autres enfans. — Les 1000 liv. furent en effet payées par la mère, qui, quelques jours après le mariage, donna 100 fr. de plus. — Cécile Boudret mourut au bout d'un an, laissant un enfant qui ne lui survécut que cinq à six semaines. — La succession de cet enfant donna lieu à une contestation entre Varin et sa belle-mère, qui fut portée au parlement de Besançon.

On soutenait, de la part de la veuve Boudret, que son gendre devait lui remettre les 1100 liv. qu'il avait reçues pour la dot de sa femme; — qu'il ne pouvait même en retenir l'usufruit légal, comme héritier de son enfant, parceque l'aïeul, survivant son petit-fils, emporte, par droit de réversion, les biens par lui donnés en dot à son enfant; — que d'ailleurs, dans le cas présent, il s'agissait d'une somme donnée seulement pour supporter les charges du mariage; que l'obligation de nourrir l'enfant cessant, l'effet de la Donation devait cesser; — qu'on devait regarder cette Donation comme une simple jouissance et Donation d'usufruit des 1000 liv. qui avait dû cesser dès le moment que les charges du mariage avaient cessé; — que les termes d'*aisance* et de *jouissance* signifiaient la même chose, l'une et l'autre n'emportant qu'un simple usufruit; — que l'usufruit légal réclamé par Varin, ne pouvait même avoir lieu, le retour remettant les biens au même état qu'ils sont sortis des mains du donateur.

On disait au contraire de la part de Varin, que, suivant le droit écrit observé à Besançon, la mère est exclue du droit de retour, à moins qu'elle ne se le soit expressément réservé; — Que d'ailleurs ce droit n'aurait pas lieu, suivant la coutume de la province, dès que la dot de la fille a passé à un enfant, attendu qu'en ce cas, le père succède à la dot, lorsqu'elle a été constituée en argent; — Qu'à l'égard de la clause *par forme d'aisance*, le raisonnement de la veuve Boudret prouvait trop; car si Varin fût mort au lieu de sa femme, et son enfant ensuite, les charges du mariage auraient de même cessé; que cependant on ne pourrait pas prétendre que la dot de la fille fût réversible à la mère; — Que les charges du mariage n'ont donc pas été le principal motif de la Donation; que c'a été plutôt l'affection de la mère envers sa fille; mais que cette affection ayant cessé par le décès de la fille, la Donation n'a pas laissé d'être irrévocable et de passer à son enfant et à l'héritier de cet enfant; la donataire étant censée avoir voulu acquérir pour elle et pour ses enfans ou autres héritiers; — Que le mot d'*aisance* dont on s'était servi dans le contrat, ne diminuait pas l'effet de la Donation; qu'il ne voulait dire autre chose que *commodité*; — Qu'il n'y a pas de donateur qui, en donnant, n'ait en vue de rendre son donataire plus commode et plus aisé; mais que la Donation n'en transfère pas moins la propriété des choses données pour passer aux héritiers du donataire; — Que la

Digitized by Google

Donation faite *par manière d'aisance*, n'est autre chose qu'une Donation faite en avancement d'hoirie, qui acquiert un droit de propriété au Donataire et qui est sujette à rapport. — On donne par manière d'aisance, pour mettre le Donataire en état de subsister; mais ce n'est pas une simple constitution d'usufruit et de jouissance; c'est une Donation pure et simple de la propriété réellement transférée. — On n'a employé les termes *par manière d'aisance*, que pour marquer l'obligation du rapport en venant à partage; ce qui, bien loin d'empêcher la translation de la propriété, la suppose.

Par arrêt du 19 décembre 1710, le parlement de Besançon a prononcé en ces termes: « Quant à la somme de onze cents francs relâchée à ladite Cécile Boudret, par manière d'aisance, la cour a débouté et déboute la demanderesse (la veuve Boudret) des fins par elle choisies à ce regard. » *V.* les arrêts d'Augeard, tome 2, page 389. (M. Boucher d'Argis, père.) *

* Section X. *Des Donations à cause de mort.*

La Donation à cause de mort est celle qui est faite en vue de la mort, et pour n'avoir lieu qu'après le décès du donateur, en sorte qu'elle est toujours révocable tandis qu'il vit. [[*V.* ci-devant, sect. 1.]]

Avant l'ordonnance de 1731, toutes les provinces qui suivent le droit écrit, et même quelques coutumes voisines, telles que celle d'Auvergne, admettaient expressément des Donations à cause de mort distinctes des testamens et des codicilles.

Suivant le droit romain, ces Donations à cause de mort ne différaient point des dispositions testamentaires, quant à ce qui est de plus essentiel aux unes et aux autres, attendu qu'elles étaient toutes révocables jusqu'au dernier moment de la vie du donateur ou du testateur, et qu'elles ne commençaient à avoir un plein et entier effet que contre les héritiers de l'un ou de l'autre.

A l'égard de la forme, les Donations à cause de mort avaient par le droit romain cette conformité avec les testamens et les codicilles, qu'elles pouvaient se faire sans écrit, aussi-bien que par écrit: mais il y avait cette différence entre ces trois actes, que, pour qu'un testament fût solennel, il fallait qu'il eût été fait en présence de sept témoins appelés pour cet effet; tandis qu'à l'égard des Donations à cause de mort et des codicilles, il suffisait qu'il se fût rencontré cinq témoins, sans même qu'ils y eussent été appelés.

Il y avait aussi, entre le codicille et la Donation à cause de mort, cette différence, que le codicille était la volonté d'une seule personne; au lieu que la Donation à cause de mort ne pouvait se faire sans le concours de deux volontés, attendu qu'il fallait qu'elle fût acceptée par le donataire.

Parmi nous, les Donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se font par contrat de mariage, ne peuvent aujourd'hui avoir aucun effet, même dans les pays où elles sont expressément autorisées par les lois ou par les coutumes, que quand elles ont été faites dans la même forme que les testamens et les codicilles. C'est ce qui a été jugé dans la coutume de Paris, dès 1639. L'arrêt est rapporté dans le premier volume du journal des audiences, sous la date du 21 février; et l'art. 3 de l'ordonnance du mois de février 1731 a consacré cette jurisprudence, en voulant qu'on ne pût à l'avenir disposer de ses biens à titre gratuit, que de deux manières, dont l'une fût celle des Donations entre-vifs, et l'autre celle des testamens ou des codicilles. (M. Guyot.) *

Mais a-t-il, pour cela, abrogé les Donations à cause de mort? quelques auteurs l'ont ainsi pensé; mais c'est une erreur, comme l'a très-bien remarqué Furgole: « Il ne faut pas se figurer (dit-il sur l'art. 3 de l'ordonnance de 1731), que notre ordonnance retranche l'usage des Donations à cause de mort; elle en fixe seulement les formalités extérieures, qu'elle veut être les mêmes que celles des testamens ou des codicilles. »

C'est aussi ce que le parlement de Dijon a décidé expressément, par l'arrêt qu'il a rendu le 4 juin 1731, après avoir vérifié la loi dont il s'agit. Voici comment est conçu cet arrêt: « Registrée, ouï et ce requérant le procureur général du roi, pour être exécutée selon sa forme et teneur, sans que, par ces derniers termes de l'art. 3 de ladite ordonnance: *en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos états que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des Donations entre-vifs, et l'autre celle des testamens ou des codicilles*, on puisse inférer que la faculté de disposer de ses biens à cause de mort, soit exclue. »

L'auteur des notes sur les observations ajoutées par Raviot aux arrêts de Périer, nous apprend (tome 1, page 4) que cette clause fut proposée à M. le chancelier, avant de l'insérer dans l'arrêt. Et, comme il l'observe fort judicieusement, « c'est moins une modification qu'une simple explication de l'art. 3, dont les termes, bien loin d'abolir indéfiniment les Donations à cause de mort, les conserve, au contraire, *lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testamens et les codicilles.* »

[[L'art. 893 du Code Napoléon porte, comme l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, *qu'on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par Donations entre-vifs ou par testament.*

Mais il n'abolit pas plus les Donations à cause de mort que ne le faisait l'ordonnance de 1731; et c'est ce que prouve sur-tout la manière dont est conçu l'art. 967 du même Code: « toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritiers, soit sous le titre de legs, *soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté.* »

Section XI. *Des Donations faites entre époux pendant le mariage.*

D'après tout ce qu'on a dit ci-dessus, sect. 3, et

Digitized by Google

aux mots *Don mutuel* et *Révocation de Donation*, il ne reste plus ici que deux questions à traiter : — La première, si, depuis la publication du Code Napoléon, deux époux peuvent disposer en faveur l'un de l'autre, par forme de Donation entre-vifs, soit de leurs biens présens, soit des biens qu'ils laisseront à leur décès, jusqu'à la concurrence de la quotité qui est disponible de leur part; — La seconde, si la défense qui leur est faite par le Code Napoléon, de se faire des Donations mutuelles par un seul et même acte, emporte celle de se faire des Donations par des actes separés, mais passés à la suite immédiate l'un de l'autre.

Ces deux questions font la matière du réquisitoire et de l'arrêt suivans :

« Le procureur général impérial expose que sur une question importante à laquelle donnent lieu les dispositions du Code civil, et qui est de nature à se représenter fréquemment, la cour d'appel de Rennes a rendu, le 15 thermidor an 13, un arrêt dont il se croit obligé, pour l'intérêt de la loi, de requérir l'annullation. Voici les faits.

» Par acte du 9 messidor an 12, passé devant un notaire et deux témoins, Pierre Lecourreur fit à Jeanne Cheny, son épouse, pour le cas où elle le survivrait, *Donation entre-vifs du quart des biens meubles et immeubles qu'il laisserait au jour de son décès;* et, au même instant, par un acte passé dans la même forme, Jeanne Cheny fit à Pierre Lecourreur, son mari, *Donation entre-vifs de tous les biens meubles et immeubles qu'elle laisserait au jour de son décès, en cas qu'il la survécût.*

» Pierre Lecourreur mourut trois jours après. Il laissait d'un premier mariage, un fils nommé, comme lui, Pierre Lecourreur, marié et père de plusieurs enfans, mais alors prisonnier en Angleterre. Marie Houssaye, épouse de celui-ci, ayant obtenu de la justice une autorisation pour exercer et poursuivre ses droits dans la succession de Pierre Lecourreur père, fit assigner Jeanne Cheny devant le tribunal civil de l'arrondissement de Saint-Brieux, pour voir déclarer nul et comme non avenu, l'acte du 9 messidor an 12, par lequel feu Pierre Lecourreur lui avait fait Donation du quart de ses biens meubles et immeubles.

» Par jugement contradictoire du 2 pluviose an 13, confirmatif d'un autre rendu par défaut le 6 frimaire de la même année, le tribunal de Saint-Brieux annulla en effet cette Donation, et parce qu'elle ne pouvait pas valoir comme Donation entre-vifs, et parceque, considérée comme Donation à cause de mort, elle n'était pas revêtue des formalités testamentaires.

» Jeanne Cheny appela de ces deux jugemens; et, par arrêt du 15 thermidor suivant, il a été prononcé en ces termes : — « La cour, après avoir entendu à ses audiences des 5, 8 et 12 de ce mois, les avoués et avocats des parties et le substitut du procureur général impérial en ses conclusions tendant à ce que l'appelante fût déclarée sans grief dans son appel du jugement du 2 pluviose, à ce que le jugement du 6 frimaire fût réformé, et à ce qu'il fût jugé partage en quatre lots des biens meubles et immeubles dépendans de la succession de Pierre Lecourreur pour le quart en revenir à l'appelante; après avoir ordonné qu'il en serait délibéré pour l'arrêt être prononcé à l'audience de ce jour; et après avoir délibéré à l'audience, a posé et résolu les questions suivantes. — 1° L'appel du jugement du 2 pluviose dernier, qui a débouté l'appelante de son opposition contre le jugement par défaut du 6 frimaire précédent, est-il fondé? — 2° Quelle est la nature de l'acte de Donation du 9 messidor an 12? — 3°. Dans quelle forme cet acte devait-il être rédigé? — Considérant, sur la première question, que la jurisprudence en Bretagne, fondée sur l'art. 3 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, n'admet point l'opposition contre un jugement par défaut lorsqu'il n'est pas rendu en dernier ressort, qu'il n'y a que la voie d'appel pour se pourvoir; que conséquemment les juges de première instance ont eu raison de rejeter l'opposition de l'appelante contre le jugement par défaut du 6 frimaire an 13. — Considérant, sur la seconde question, que la définition de la Donation entre-vifs et du testament donnée par les art. 894 et 895 du Code civil, ne permet pas de qualifier l'acte du 9 messidor an 12, autrement que comme une Donation à cause de mort; en effet, Pierre Lecourreur, en déclarant donner à sa femme la propriété du quart des meubles et immeubles dont il décédera propriétaire, en a disposé pour le temps où il ne devait plus exister; cette disposition ne pouvant avoir d'effet qu'après la mort du donateur, a tout le caractère des dispositions testamentaires; — Considérant, sur la troisième, que la législation nouvelle ne reconnaît plus que deux espèces de Donations, l'une entre-vifs, et l'autre à cause de mort; que le législateur a fait dépendre la validité des Donations entre-vifs et des testamens, de l'observation des formes dans lesquelles il a voulu que ces sortes d'actes soient passés. Si, dans la vue de favoriser les mariages et la population, il a excepté des règles présentes aux art. 943, 944, 945 et 946, les dons entre-vifs qui seraient faits aux époux par contrat de mariage, on ne voit pas qu'il ait dispensé les époux d'observer les formes qu'il a établies pour les dispositions testamentaires qu'il leur permet de se faire pendant leur mariage; si, dans ce dernier cas, il avait voulu faire une exception en leur faveur, il aurait formellement exprimé sa volonté, ainsi qu'il l'a fait à l'égard des Donations entre-vifs, les exceptions doivent se borner aux objets pour lesquels elles sont établies; — Considérant que l'acte du 9 messidor n'étant point une Donation entre-vifs, mais à cause de mort, devait être rédigé dans les formes prescrites pour cette dernière espèce d'acte; il devait être reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins; il devait être dicté par Pierre Lecourreur, et écrit

Digitized by Google

par le notaire ; il devait en être donné lecture au testateur et être fait du tout mention expresse ; qu'aucune de ces formalités de rigueur n'ayant été remplies, l'acte devait être déclaré nul, ainsi qu'il l'a été par le jugement du 6 frimaire dernier; — Considérant enfin, que dans l'espèce particulière de cette cause, il serait difficile de ne pas croire que Lecourreur et sa femme ont voulu éluder la disposition de l'art. 1097 du Code civil, qui défend aux époux de se faire, pendant le mariage, ni par acte entre-vifs ou par testament, aucune Donation mutuelle par un seul et même acte, quand on les voit se faire Donation le même jour, stipuler en présence l'un de l'autre dans les deux actes reçus par le même notaire, en présence des mêmes témoins ; qu'il serait encore plus difficile de ne pas croire que la suggestion a présidé à la Donation faite par Lecourreur, quand l'acte prouve qu'il était malade et dans son lit de mort, puisqu'il est décédé trois jours après; — La cour faisant droit dans l'appel relevé par Jeanne Cheny, veuve Lecourreur, la déclare sans grief dans ledit appel ; ordonne que lesdits jugemens seront bien et dûment exécutés; la condamne en l'amende au profit du trésor public, et aux dépens, coût et signification du présent. »

» Tels sont les termes de l'arrêt sur lequel l'exposant appelle l'attention de la cour suprême. Les motifs qui en provoquent la cassation sont sensibles.

» A l'exemple de l'art. 3 de l'ordonnance du mois de février 1731, l'art. 893 du Code civil porte qu'*on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par Donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies.* Mais à cette disposition, le Code civil ne met pas la même restriction qu'y apportait l'ordonnance de 1731. — L'ordonnance de 1731 déclarait, art. 46, que son 3e article n'était pas applicable aux Donations faites entre époux pendant le mariage. Le Code civil n'excepte rien de son art. 893; et conséquemment, depuis la promulgation du Code civil, les époux qui veulent disposer en faveur l'un de l'autre, ne peuvent plus le faire que, ou par testament, ou par Donation entre-vifs.

» Et de là, si le Code civil ne s'en était pas expliqué autrement, il résulterait que la forme de la Donation entre-vifs est interdite aux époux. Car, d'un côté, il est, suivant l'art. 894, de l'essence de la Donation entre-vifs, que *le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ;* de l'autre, l'art. 1096 porte que *toutes Donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables.*

» Mais le Code civil manifeste clairement une intention contraire à cette conséquence.

» D'abord, par ces termes de l'art. 1096, *quoique qualifiées entre-vifs*, il fait déjà entendre que des *Donations entre-vifs* peuvent avoir lieu entre deux époux pendant le mariage; il fait déjà entendre que la révocabilité qu'il déclare être de l'essence des Donations entre époux, n'est pas un obstacle à ce que ces Donations soient *qualifiées entre-vifs ;* et permettre de les qualifier de *Donations entre-vifs*, c'est déjà annoncer qu'on peut ne les revêtir que de la forme des Donations entre-vifs, quoique d'ailleurs elles soient révocables.

» Mais l'art. 1097 est plus positif : *les époux*, y est-il dit, *ne pourront, pendant le mariage, se faire, NI PAR ACTE ENTRE-VIFS, ni par testament, aucune Donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.* Donc, pendant le mariage, les époux peuvent se faire respectivement des Donations, non seulement par des *testamens*, mais encore par des *actes entre-vifs*, séparés. Donc, bien que révocables, les Donations entre-vifs peuvent avoir lieu entre époux. Donc, juger que les époux ne peuvent pas, pour s'avantager, prendre la forme des Donations entre-vifs, c'est méconnaître, c'est fouler aux pieds le texte du Code civil.

» L'art. 947 va répandre un nouveau jour sur cette vérité. Cet article fait partie de la section intitulée, *de la forme des Donations entre-vifs.* — Dans cette section, le législateur détermine d'abord les formalités extérieures des actes portant Donation entre-vifs. — Il s'occupe ensuite, dans les art. 943, 944, 945 et 946, de leur forme intrinsèque ; et le résultat de tout ce qu'il dit à cet égard, c'est qu'il n'y a point de Donation entre-vifs, si elle porte sur des biens qui n'appartiennent pas encore au Donateur, si elle est faite ou sous des conditions qu'il est au pouvoir du donateur d'éluder, ou sous des charges qu'il est maître d'étendre, si le donateur se réserve la faculté de disposer autrement des biens donnés.—Tout cela ainsi réglé, le législateur ajoute : *Les quatre articles précédens ne s'appliquent point aux Donations dont est mention aux chap. 8 et 9 du présent titre ;* et l'on sait que le chap. 9 du titre dont il s'agit, a pour inscription ces mots : *Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, SOIT PENDANT LE MARIAGE ;* l'on sait qu'au nombre des dispositions de ce chap. 9, sont les art. 1096 et 1097 ci-dessus rappelés. — Or, excepter des art. 943, 944, 945 et 946, les Donations entre-vifs faites entre époux *pendant le mariage*, c'est dire bien clairement que ces Donations sont soumises aux articles précédens de la même section; c'est dire bien clairement que les articles précédens de la même section qui règlent les formalités extérieures des Donations entre-vifs, sont applicables aux Donations que les époux se font par actes entre-vifs pendant le mariage; c'est dire bien clairement que pendant le mariage, les époux peuvent choisir, pour s'avantager, la forme des Donations entre-vifs.

» Au surplus, en disposant ainsi, le Code civil n'a pas introduit un droit nouveau : il n'a fait que renouveler celui que les lois romaines avaient établi. Les lois romaines permettaient aux époux de s'avantager par testament ou codicille ; mais quant aux Donations entre-vifs, elles ne les permettaient entre eux qu'à la charge qu'elles seraient perpétuellement révocables, et qu'elles ne seraient con-

Digitized by Google

firmées que par la mort des époux qui les auraient faites. Mais de là s'ensuivait-il que, sous ces lois, les Donations qualifiées entre-vifs ne pouvaient valoir qu'autant qu'elles étaient revêtues, soit des formalités des testamens, soit au moins des formalités des codicilles? Nullement; et bien loin de là, il fallait qu'elles fussent insinuées ni plus ni moins que les Donations entre-vifs; et à défaut d'insinuation, elles demeuraient sans effet, à moins qu'elles n'eussent été ratifiées par testament ou codicille. C'est ce que nous apprennent la loi 25, C. *de Donationibus inter virum et uxorem;* et la novelle 162, chap. 1.

» Si, dans le droit romain, les Donations entre époux faites par actes entre-vifs, étaient, quoique toujours revocables, assujetties à l'insinuation, seule formalité extérieure qui fût requise par ce droit dans les Donations entre-vifs proprement dites; et si, étant insinuées, elles étaient par cela seul dispensées des formalités testamentaires, — Pourquoi, sous le Code civil, les Donations entre époux faites par actes entre-vifs, ne seraient-elles pas également assujetties aux formalités extérieures que prescrivent pour les Donations entre-vifs proprement dites, les art. 931 et suivans de ce Code; et pourquoi, étant revêtues de ces formalités, ne seraient-elles pas également dispensées de celles qui sont requises dans les testamens? Non seulement il y a pour le décider ainsi, identité de raison entre le droit romain et le Code civil, mais même le Code civil prouve clairement par ses art. 947, 1096 et 1097, que cette décision est conforme à son esprit.

» Du reste, c'est bien vainement que par son arrêt du 15 thermidor an 13, la cour d'appel de Rennes a subsidiairement prétendu trouver dans l'acte du 9 messidor an 12 une contravention à la défense que l'art. 1097 du Code civil fait aux époux de se faire des Donations mutuelles par un seul et même acte.

» Il est vrai, comme on l'a dit plus haut, que le même jour et immédiatement après la passation de l'acte par lequel Pierre Lecourreur avait donné entre-vifs à son épouse le quart des biens meubles et immeubles qu'il laisserait à sa mort, l'épouse de Pierre Lecourreur lui avait aussi donné entre-vifs tous les biens meubles et immeubles dont elle se trouverait saisie au moment de son décès; et il est vrai aussi que par-là, il s'était fait entre les deux époux une sorte de Donation mutuelle.

» Mais l'art. 1097 du Code civil interdit-il les Donations mutuelles entre époux? Non: il défend seulement aux époux de se faire des Donations mutuelles par le même acte; et par cette défense ainsi limitée, il leur permet évidemment de se faire des Donations mutuelles par des actes séparés.

» Et qu'importe que ces actes séparés soient passés à la suite immédiate l'un de l'autre? La loi ne prescrit aucun intervalle entre les deux; et vouloir que parcequ'il n'y a eu entre les deux aucun intervalle, ils soient nuls, c'est vouloir être plus sage que la loi.

» L'art. 77 de l'ordonnance de 1735 se bornait à interdire les testamens mutuels, sans exprimer si par *testamens mutuels* il entendait les testamens faits par deux personnes *in eâdem chartâ*, ou si l'on devait considérer comme formant un testament mutuel, deux testamens séparés que deux personnes feraient au même instant au profit l'une de l'autre. Cependant la question s'étant élevée sous l'empire de cette ordonnance, voici comment elle fut résolue au parlement de Bordeaux: — « Pierre Fourton et Anne Martin, sa femme, font chacun de leur côté leur testament par-devant le même notaire et les mêmes témoins; mais par deux actes différens, l'un le matin, l'autre le soir; et se donnent réciproquement tout ce que de droit et de coutume ils peuvent se donner. Le mari étant mort le premier, ses héritiers attaquèrent la femme pour voir déclarer nul le testament du mari, suivant l'ordonnance. Arrêt au mois d'avril 1743, à la première des enquêtes, au rapport de M. Delalande, qui déclare le testament bon et valable. Cet arrêt a été suivi d'un autre, du 31 mars 1775, au rapport de M. de Reignac, qui est imprimé au Recueil publié par ordre de MM. de la première des enquêtes. Jean Philys et Anne Scande, sa femme, firent le 4 juin 1748, devant le même notaire et les mêmes témoins rangés dans le même ordre, mais par deux feuilles différentes, leurs testamens, par lesquels ils s'instituaient réciproquement héritiers après la mort de l'un des deux; on attaqua son testament, on cita la doctrine de Henrys, Ricard et Furgole. Le sénéchal d'Agen l'avait déclaré valable; la sentence fut confirmée. » (*Salviat*, jurisprudence du parlement de Bordeaux, page 477.)

» Et si l'on a ainsi jugé, par rapport aux testamens, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, à combien plus forte raison doit-on juger de même, par rapport aux Donations entre époux, sous l'empire du Code civil, puisqu'encore une fois, le Code Civil n'ôte pas aux époux la faculté de se faire des Donations mutuelles, et qu'il leur défend seulement de se faire des Donations de cette espèce par un seul et même acte?

» Rien n'est au reste plus propre à convaincre les meilleurs esprits de la parfaite légalité de l'acte du 9 messidor an 12, annullé par l'arrêt de la cour d'appel de Rennes, du 15 thermidor an 13, que la manière dont la même cour s'est exprimée dans un autre arrêt du 18 novembre 1806, au sujet d'un acte semblable, qui avait été passé le 30 frimaire an 12, par Anne Leteur, au profit de Jean Bouttier, son mari, et qu'elle a confirmé: — « Considérant (a-t-elle dit), qu'aucune disposition du Code civil ne prescrit de donner aux contrats de dons entre époux, faits pendant le mariage, la forme de testamens; d'un autre côté, que la division générale des Donations en contrats entre-vifs et en dispositions testamentaires, n'est point applicable aux dons entre époux faits pendant le mariage; que cette division n'est pas de droit nouveau, et qu'on trouve dans l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, l'équivalent de l'art. 893 du Code civil, sans qu'on en ait jamais

Digitized by Google

inféré que les dons entre époux faits pendant le mariage, dussent nécessairement être rangés dans cette division générale; que le Code Napoléon fait de ces dons, comme l'ordonnance de 1731, une classe intermédiaire; que la seule différence qu'établit la nouvelle loi, sur la forme de ces contrats, consiste à ce qu'au lieu d'être faits par un seul et même acte, comme ils l'étaient avant le Code, il en faut deux aujourd'hui, l'un du mari à la femme, l'autre de la femme au mari; que la prohibition portée par l'art. 1097, de faire, par un seul et même acte, les Donations mutuelles et réciproques entre époux, pendant le mariage, renferme équivalemment la faculté de les faire par deux actes séparés, soit qu'on leur donne la forme d'actes entre-vifs, soit qu'on préfère celle des testamens; que cet article ni aucun autre du Code civil n'abolit expressément la mutualité des dons entre époux; que sur la forme extérieure de ces dons, il n'établit aucun droit nouveau, sauf la seule différence de deux actes à un seul autrefois usité. »

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, et les art. 893, 947, 1096 et 1097 du Code civil, casser et annuller, pour l'intérêt de la loi, l'arrêt de la cour d'appel de Rennes, du 15 thermidor an 13, ci-dessus mentionné; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au Parquet, le 26 juin 1807, *signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Vallée.....

» Vu les art. 893, 947, 1096 et 1097 du Code civil: — Considérant que, quoiqu'en matière de Donations entre-vifs, lorsque le donateur ne se dépouille pas irrévocablement de la chose donnée, la Donation ne puisse valoir, il n'y a pas lieu à l'application de ce principe à l'égard des Donations entre-vifs que peuvent se faire les époux pendant le mariage; — En effet, 1° suivant l'art. 1096, les Donations entre époux, pendant le mariage, sont toujours révocables, quoique qualifiées entre-vifs; de là deux conséquences: 1° que le donateur, par une Donation de cette espèce, ne se dépouille pas irrévocablement de ce qu'il donne; 2° que cette Donation peut être qualifiée Donation entre-vifs;— 2° L'art. 1097 n'interdisant aux époux que le droit de faire, par un seul et même acte, soit entre-vifs, soit par testament, aucune Donation mutuelle et réciproque, il en résulte qu'ils peuvent se faire, pendant le mariage, et par actes séparés, des Donations entre-vifs; que tous les doutes à cet égard, s'il en existait encore, seraient levés par les dispositions de l'art. 947. — En effet, le Code, après avoir réglé la forme extérieure des Donations entre-vifs, et déterminé leur forme intrinsèque par les art. 943, 944, 945 et 946, de suite il dispose, par son art. 947, que *les 4 articles précédens ne s'appliquent point aux Donations dont est mention aux chapitres* 8 *et* 9 *du présent titre.* — Or, les chap. 8 et 9 sont relatifs aux dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage; et dans le chap. 9, se trouvent les art. 1096 et 1097, desquels il résulte que les époux peuvent se faire des Donations entre-vifs pendant le mariage. Ces Donations sont donc soumises aux formes établies par le Code, dans les articles non exceptés. Or, ces articles non exceptés, règlent la forme extérieure des Donations entre-vifs. — Considérant dans l'espèce, que la Donation faite par Lecourreur à sa femme, qualifiée entre-vifs, a été faite pendant le mariage; qu'au mépris des articles cités, la cour d'appel de Rennes a annullé l'effet de cette Donation; — La cour casse et annulle.....

» Fait et prononcé à l'audience de la cour de cassation, section civile, le 22 juillet 1807..... »]]

* DOT. C'est ce que la femme apporte en mariage. On trouve ce mot employé dans les décrétales et dans quelques coutumes pour signifier le *douaire* que le mari constitue à sa femme.

L'usage de doter les filles ne s'est introduit chez la plupart des peuples, qu'avec les richesses et le luxe. Chez les Hébreux et à Sparte, les femmes n'apportaient pas de Dot à leurs maris. Les Germains, si nous en croyons Tacite, dotaient eux-mêmes leurs femmes. *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.* (*De morib. Germ. ch.* 18.) La coutume de doter les femmes s'observe encore parmi nous, où la constitution du douaire, qui est dans nos mœurs la vraie Dot de la femme, fait partie des solennités du mariage.

L'obligation de doter la femme est imposée au mari par différentes lois. Il est dit dans un capitulaire de Charlemagne: *tunc per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet.* Un décret du concile d'Arles, rapporté dans le décret de Gratien, défend de célébrer aucun mariage sans Dot: *nullum sine Dote fiat conjugium, juxta possibilitatem fiat Dos.* C'est de là qu'est venue cette formule que le mari recite à l'église en présence du prêtre: *Je vous doue du douaire dont il a été convenu entre vos parens et les miens, duquel ces deniers sont la représentation.*

A Rome, on distinguait trois espèces de mariages: celui des pontifes, qui se célébrait *per confarreationem* (*V.* Tacite, *Annal. lib.* 4, *cap* 16); — Celui qui se contractait *per coemptionem*, où le mari achetait sa femme, qui, par ce moyen, sortait de la puissance de son père pour passer sous celle de son mari (elle était appelée mère de famille: elle n'avait pas de Dot, mais tous ses biens étaient acquis au mari, dont elle était comme la fille, et lui succédait. Cette espèce de mariage était tombée en désuétude et ne se pratiquait plus du temps de Justinien); — Enfin, celui qui se contractait *per usum*, lorsqu'un homme et une femme vivaient ensemble comme époux. Ce mariage ne soumettait pas la femme à la puissance de son mari: elle ne changeait pas d'état; et demeurait comme avant le mariage, soumise à la puissance paternelle. Elle était simplement appelée matrone, *à matrimonio*, comme vivant dans le mariage. Elle conservait la propriété

Digitized by Google

de ses biens. Le mari ne jouissait que de ceux qu'elle avait apportés dans sa maison. C'est de là qu'on a défini *Dot* ce que la femme apporte à son mari, pour soutenir les charges du mariage (1).

On conçoit aisément que ces mariages *per usum* devaient être équivoques; et qu'il était difficile de distinguer, quand un homme vivait avec une femme, s'il avait la volonté qu'elle fût son épouse ou seulement sa concubine. Il n'y avait que le contrat, ou l'acte qui contenait la constitution de Dot, qui fût une preuve de la volonté des conjoints; lorsqu'il n'y avait pas de contrat, le mariage n'était appuyé que sur la possession, et ne pouvait se prouver que par témoins. Justinien voulant remédier à ce desordre, au moins à l'egard des personnes d'un rang élevé, ou qui méritaient quelque considération, ordonna, par les novelles 74 et 117, que ceux qui étaient revêtus des grandes dignités, les sénateurs et tous ceux qui avaient la qualité d'*illustres*, ne pourraient se marier sans Dot, ni sans donation à cause de noces; et que ceux qui seraient d'une moindre dignité, et qui ne voudraient pas faire de contrat secret, iraient dans une maison d'oraison, et déclareraient leur mariage au prêtre qui en dresserait un acte. Le but du législateur était moins d'interdire aux personnes distinguées le mariage sans Dot, que de les obliger à faire un contrat pour établir la preuve de leur mariage. Les gens de basse condition et ceux de la campagne eurent la liberté de contracter mariage par la simple co-habitation. Cette partie de la jurisprudence romaine est toujours demeurée très imparfaite, quoiqu'elle ait été retouchée plusieurs fois.

[Nous verrons, 1° quelles personnes sont obligées de doter; — 2° Quelle est la nature de la Dot; comment elle se constitue et se fixe, et quels biens sont réputés dotaux; — 3° Quelle est la foi due au contrat de mariage sur la réalité ou la quotité de la Dot, et s'il y a d'autres moyens de prouver l'une ou l'autre; — 4° Si les contre-lettres sont permises pour restreindre ou pour augmenter la Dot; — 5° De quelles conventions la Dot est susceptible; — 6° Si les pères, mères, tuteurs ou autres, peuvent stipuler le retour de la Dot; — 7° Quels sont les droits du mari sur les biens dotaux, et en quels cas ils appartiennent au mari; — 8° Si l'aliénation de la Dot est permise et comment; Quel est l'effet du cautionnement fourni pour en garantir l'irrévocabilité; — 9° Si l'acquéreur d'un fonds dotal peut, à cause de la nature de ce bien, demander la rescision de son contrat; — 10° Si le mari est le maître de transporter à sa femme pour sa Dot, tels ou tels biens sur lesquels il lui plaît de l'assurer; — 11° Quand, à qui, et par qui la Dot doit être restituée; que doit comprendre la restitution de la Dot; si la femme doit entretenir les baux faits par son mari; — 12° Quelles sont les actions et les privilèges que la femme a pour se faire restituer sa Dot; comment se perdent ou s'éteignent ces actions et ces privilèges; — 13° Quelles déductions le mari on ses héritiers peuvent faire, lors de la restitution de la Dot; — 14° Si la femme peut disposer de sa Dot par testament; — 15° Si la Dot est sujette au retranchement pour la légitime; et si elle peut être révoquée, soit pour survenance d'enfans, soit pour ingratitude, soit pour fraude faite aux créanciers; — 16° Si elle est sujette au rapport; — 17° Quelles sont, sur la Dot, les règles particulières au ressort du parlement de Pau; — 18° Quels sont, en Normandie, la nature et les privilèges de l'action en paiement et remplacement de la Dot; et combien de temps elle dure; — 19° Si, dans la même coutume, la Dot peut être optée avant le douaire, et si l'option, une fois faite, peut être rétractée.

Nous ne parlerons ici, ni de la *confusion*, ni de la *consignation* de la Dot, par rapport à la même coutume; parcequ'il en a été traité suffisamment sous les mots *Confusion* et *Consignation de Dot.*]

§. I. *Quelles personnes sont obligées de doter?*

I. L'obligation de doter paraît être une conséquence de celle que la nature impose aux pères et aux mères de nourrir leurs enfans et de pourvoir à leur subsistance; car l'établissement par mariage est le moyen le plus propre à assurer la subsistance d'une fille. C'est encore une obligation dans l'ordre politique; car, quoique la Dot soit en elle-même indifferente au mariage, comme la fin du mariage est de donner de nouveaux sujets à l'état, dont ils perpétuent la durée en se succédant les uns aux autres, et que dans l'ordre actuel des choses, on ne se marie pas sans Dot, il importe à l'état que les pères et les mères constituent des Dots à leurs filles, afin de favoriser les mariages.

II. Suivant le droit romain, le père peut être forcé à doter par l'autorité du magistrat: *Qui liberos quos habent in potestate, injuriâ prohibuerint ducere uxorem, vel nubere, vel qui Dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui conditionem non quærit.* Loi 19, D. *de ritu nuptiarum.*

Cette disposition est suivie dans les pays de

(1) Cicéron dans ses *Topiques* distingue la mère de famille d'avec celle qui était simplement *uxor*. Epouse est, dit-il, un terme générique qui renferme deux espèces: l'une, de celles qui sont appelées mères de famille, et qui sont soumises à la puissance maritale: *Genus est uxor, ejus duæ formæ; una matrumfamilias, earum quæ in manum conveniunt*: l'autre, de celles qui sont seulement épousées: *altera earum quæ tantummodò uxores habentur.*

Sicut parentibus in liberos, ita maritis jus vitæ et necis in uxores quæ in manum earum convenerant, competebat; judicio domestico de facinoribus earum, una cum ejus propinquis cognoscebat. — Matresfamiliarum dicebantur quæ in manum viri convenerant; quia non matrimonium tantùm, sed et in familiam ejus testatemque mariti transierant: quæ verò in nubendo sui juris remanserant, dicebantur matronæ, voce ducta à matrimonio. — Pothier, *pandect. Justinian.* tit. *de his qui sui vel alien. jur.* n. 20. V. Loyseau, du *déguerp.*, liv. 2, ch. 4.

Digitized by Google

droit écrit, comme il paraît par des arrêts du parlement de Toulouse des 15 août 1587 et 13 juin 1612, et par un autre du parlement de Bordeaux, du 6 avril 1604, rapportés par Despeisses.

Si le père avait de justes raisons pour ne pas consentir au mariage de sa fille, comme si elle voulait se mésallier, et qu'il ne pût pas l'en empêcher, sa fille étant majeure, et pouvant se passer du consentement de son père, en lui faisant des sommations respectueuses, il ne doit pas être forcé à la doter; car la loi n'autorise les poursuites des enfans contre leur père, qu'autant qu'il refuse de les doter sans raison et par une affectation injuste. Il est bon de laisser au père ce frein, afin qu'il puisse contenir ses enfans, au moins par le motif de l'intérêt; et qu'ils ne puissent pas mépriser son autorité, en le contraignant à leur fournir de quoi vivre dans une union qui lui déplaît.

La fille d'un bourgeois de Toulouse s'étant abandonnée à un nomme Urbésan, dont elle était devenue enceinte, ils firent ensemble des articles de mariage, par lesquels la fille se constituait en Dot tous ses biens présens et à venir. Le curé de la paroisse ayant refusé de les marier jusqu'à ce qu'on lui eût représenté le consentement du père de la fille, le père se rendit aux instances de toute la famille et signa les articles; en conséquence, le mariage fut celebré. Quelque temps après, Urbésan et sa femme firent assigner leur père et beau-père par-devant le viguier de Toulouse, pour se voir condamner à doter sa fille. Le père offrit de délaisser à sa fille la part qui lui revenait dans les biens maternels, et requit son renvoi de la demande à fin de constitution de Dot. Le juge lui donna acte de ses offres, et accorda le renvoi. Appel de cette sentence au sénéchal, qui appointa les parties, et cependant adjugea cent livres de provision à la fille. Le père appela de cet appointement au parlement de Toulouse, où la cause fut plaidée solennellement, et la sentence du viguier confirmée.

On avait allégué, lors de cet arrêt, que le père n'était pas en état de doter sa fille; mais il ne paraît pas que les juges se soient arrêtés à ce moyen; car ils auraient admis la fille à faire preuve de la fortune de son père, et auraient ordonné une assemblée de parens; ce qu'ils n'ont pas fait. Le motif de l'arrêt paraît donc être que ce mariage avait été fait contre le gré du père, qui n'y avait donné son consentement qu'avec une espèce de contrainte, et pour réparer l'honneur de sa fille. Si l'on condamnait, dans ces sortes de cas, un père à doter, les enfans éluderaient aisément la disposition des lois qui exigent son consentement, en commençant par ce qui ne doit être que la fin du mariage, et en mettant le père dans la dure alternative ou d'y consentir, ou d'être témoin de leur déshonneur.

Par arrêt du parlement de Paris de l'an 1555, rapporté par Papon, liv. 15, tit. 4, et rendu sur l'appel d'une sentence du présidial d'Aurillac, il a été jugé que la fille qui s'est mariée contre la volonté de son père, n'est pas, plus que le mari, recevable à lui demander une Dot; et que le père est bien fondé à alléguer le défaut de son consentement au mariage, encore qu'il les ait reçus depuis en sa maison comme ses autres enfans, qu'il ait reconnu le mari pour son gendre, et par-là ait tacitement approuvé le mariage.

La coutume de Bordeaux contient une disposition semblable, art. 43: « *Item*, quand une fille sera subornée pour être mariée, par quelqu'un qui hante la maison, ou autrement d'elle-même se mariera, qu vivra en lubricité, ses père et mère ne seront tenus lui bailler Dot, sinon que la fille eût plus de vingt-cinq ans. »

Un père qui laisse venir sa fille à l'âge de vingt-cinq ans sans la marier, est dans le cas de la loi 19. D. *de ritu nuptiarum*. On doit présumer qu'il y a de sa part mauvaise volonté. La novelle 115 fournit un argument très fort pour cette opinion: elle décide que le père ne peut déshériter sa fille, qui, après avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, a mésait en son corps, ou s'est mariée sans son consentement: *Si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare et dotem secundùm vires substantiæ suæ præstare, illa non consenserit (pater eam exheredem facere potest); si verò usque ad viginti annorum pervenerit filia, et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit, in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum, marito se libero tamen conjungere: hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari; quia non suâ culpâ, sed parentum commisisse cognoscitur.*

Il est donc certain que, dans les provinces où les enfans ont une action pour se faire doter, comme à Toulouse, une fille ayant vingt-cinq ans peut se marier sans le consentement de son père, en lui faisant des sommations respectueuses; et, si celui qu'elle épouse est de condition sortable, elle peut forcer son père à lui donner une Dot.

Doit-on traiter aussi favorablement la fille majeure qui commence *ab illicitis?* Il semble que les bonnes mœurs s'y opposent; car elle est en faute, puisqu'elle pouvait se marier sans le consentement de son père.

III. Non seulement le père est obligé de doter sa fille une première fois, mais même il est tenu de lui constituer une nouvelle Dot, lorsqu'elle n'a pu recouvrer la première, qui est périe sans sa faute. La Dot est censée périe sans la faute de la femme, lorsque le mari était déjà insolvable avant le mariage.

Jeanne Sargé, veuve d'Antoine Cladel, ayant demandé une seconde Dot à son père, il fut ordonné par arrêt du parlement de Toulouse, du 5 février 1675, qu'il serait fait des enquêtes respectives de la solvabilité ou l'insolvabilité de Cladel, au jour de son mariage. L'insolvabilité du mari ayant été constatée, par arrêt du 6 février 1676, il fut ordonné que Jeanne Sargé serait redotée jusqu'à concurrence de la légitime du père, et des

Digitized by Google

droits maternels. Le motif de cette jurisprudence paraît être que le père devant une Dot à sa fille, elle est dans ce cas comme si elle n'avait pas été dotée par la faute de son père qui doit s'imputer d'avoir choisi un gendre insolvable. Mais la fille doit, de son côté, tenir compte à son père sur cette seconde Dot, de ce qu'elle aura recouvré de la première.

Si un artisan a marié sa fille à un autre artisan qui n'a pour tout bien que son métier, et qui dans la suite devient misérable, il n'est pas obligé de la redoter, parcequ'on ne peut rien lui imputer, pour avoir donné sa fille à un homme de sa condition, qui n'a d'autres revenus que le profit qu'il tire de son travail.

Le père est obligé de doter ses enfans, soit qu'ils soient sous sa puissance, soit qu'ils soient emancipés. Si le père est lui-même soumis à la puissance paternelle, l'obligation de doter ses petits-enfans touche directement l'aïeul paternel; et tout ce qui est dit du père s'applique également à l'aïeul.

Le père peut stipuler que la Dot qu'il constitue à sa fille, ne sera payable qu'après sa mort. Mais cette convention n'a d'effet qu'autant que la femme a d'ailleurs de quoi vivre. Si elle est dans l'indigence, son père peut être contraint à lui payer la Dot suivant ses facultés.

Le père est encore obligé de constituer à sa fille qui veut se remarier, la même Dot qu'elle avait lors de son premier mariage, à moins que sa fortune n'ait souffert depuis une diminution qui le met hors d'état de le faire.

IV. Les lois n'obligent pas la mère à doter sa fille, si ce n'est en certains cas: *Neque mater pro filiâ Dotem dare cogitur, nisi ex magnâ et probabili causâ, vel lege specialiter expressâ.* Loi 14, C. *de jure Dotium.* — Ces causes sont, lorsque les ascendans paternels sont pauvres, et que la fille n'a pas de quoi se doter elle-même.

V. Quelques auteurs cités par Despeisses, ont etendu jusqu'aux frères, l'obligation de doter leur sœur germaine ou consanguine, mais non pas leur sœur utérine. Ils fondent leur opinion sur le §. 3 de la loi 12, D. *de administratione et periculo tutorum*, où le jurisconsulte Paul, parlant des dépenses qui doivent être allouées au tuteur, dit: « *Il* ne donnera pas de Dot à la sœur du pupille, née d'un autre père que lui, quand elle n'aurait pas d'ailleurs de quoi se marier. Car, quoique ce soit une action honnête, c'est cependant une libéralité qu'il faut laisser à la volonté du pupille. »

Sur quoi Cujas observe: *Quæ sententia ex contrario, præstat nobis certissimum argumentum existimandi fratrem sorori consanguineæ sive germanæ, quæ agnata et cognata est, si ex aliunde nubere non possit, Dotem constituere debere, et est in hanc rem locus valde singularis.*

Cette opinion semble se fortifier encore, quand on compare ce paragraphe avec la loi *qui filiam* 4 D. *ubi pupillus educari vel morari debeat*, qui décide que si le tuteur a, sans décret du juge, donné à la sœur germaine du pupille des alimens et une éducation convenable à sa qualité, cette sœur, ne pouvant pas en prendre les frais sur ses biens propres, le pupille, ni ceux qui sont à ses droits, ne pourront rien répéter. — Il est clair que les alimens ne sont pas en ce cas une pure libéralité, dépendante de la volonté du pupille, puisque le tuteur est autorisé à les donner sans décret du juge, et qu'on ne peut pas les répéter contre la sœur. Or, l'obligation de doter est comprise dans celle de fournir des alimens.

Je ne crois pas cependant que le frère puisse être obligé à doter sa sœur germaine ou consanguine. Car, d'après Cujas même, il ne lui devrait des alimens que par une espèce de charité, à cause de la proximité du sang. Ce n'est pas à cause de l'agnation; car il n'y a que les ascendans paternels qui soient tenus de doter indistinctement. Ces raisons militent également en faveur de la sœur utérine; cependant la loi décide que le tuteur ne peut pas doter cette sœur; on doit donc dire, *à pari*, qu'il ne doit pas doter la sœur germaine et consanguine.

La loi *qui filiam* ne peut pas servir à établir dans la thèse générale, que le mineur doit des alimens à sa sœur germaine ou consanguine. En effet, on y suppose un père qui, ayant institué son fils héritier, n'a fait qu'un modique legs à sa fille, qui ne doit lui être payé que lorsqu'elle se mariera. Il était naturel de présumer que ce père, qui ne laisse à sa fille qu'une somme pour lui servir de Dot, avait en intention qu'elle fût nourrie et élevée aux dépens de sa succession. On ne peut donc pas conclure de ce cas particulier, que le frère doive des alimens à sa sœur germaine, ni à plus forte raison, qu'il lui doive une Dot. *V. Alimens.*

VI. Quoiqu'on regarde, en pays coutumier, la Dot comme une dette naturelle des pères et des mères, les enfans n'y ont pas d'action pour se faire doter.

Mornac rapporte cependant, sur la loi 19, D. *de ritu nuptiarum*, un arrêt du parlement de Paris, de l'an 1584, qui a condamné un juge de Poitiers à doter deux filles qu'il avait. Cet homme jouissait d'une fortune de 150,000 livres, et était d'une avarice extrême. Il avait constamment refusé tous les partis qui s'étaient présentés pour ses filles. Une des deux s'étant mariée en secret, il rendit plainte en rapt. La cause portée au parlement, le ministère public fit connaître l'avarice sordide de ce vieillard; le mari fut déchargé de l'accusation de rapt, et le père condamné à donner une Dot à sa fille, et une autre à celle qui restait à marier.

[Cet arrêt, ou plutôt les principes du droit écrit, sur lesquels il est calqué, sont encore observés dans le ressort du parlement de Flandre, qui cependant n'est composé que de pays coutumiers, et les enfans y ont action pour se faire doter.

Nous rapporterons ci-après, §. 2, plusieurs arrêts du grand conseil de Malines et du conseil souverain de Brabant, qui prouvent que ces deux tribunaux suivent constamment la même maxime.

Digitized by Google

On a dit plus haut que le père ne peut pas être obligé de doter sa fille, lorsque la débauche à laquelle elle s'est livrée, la force en quelque sorte, de consentir à son mariage. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandre, dont voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée par M. Pollet, part. 3, §. 44. — « Marguerite-Jeanne Mallet, fille de Gaspard Mallet, procurenr au parlement, âgée de dix-huit ans, ne pouvant obtenir le consentement de son père pour se marier à Jean Wancquier, lui fait accroire qu'elle est enceinte des œuvres dudit Wancquier; et, par ce moyen, elle tire de lui un billet par lequel il déclare qu'ayant appris d'elle-même qu'elle se serait laissé abuser par ledit Waucquier, et qu'il voulait bien l'épouser, il consent à leur mariage pour éviter un plus grand malheur; mais que, pour la désobéissance et manvaise conduite de sa fille, il se réserve le pouvoir de l'exhéréder, selon qu'il lui est permis par l'ordonnance de Philippe IV, roi d'Espagne, du 29 novembre 1623 (conforme aux lois portées sur cette matière par les rois de France, qui n'ont été enregistrées au parlement de Flandre qu'en 1742). Le mariage se fait sans stipulation de Dot, ni d'aucune autre chose à la charge du père. Quelque temps après, Waucquier le met en justice pour le faire condamner à doter sa fille, ou du moins à lui fournir des alimens. — Par arrêt rendu an rapport de M. Baralle, le 7 avril 1690, Waucquier a été débouté de ses conclusions. — Par l'ordonnance de 1623, le prince a voulu que la crainte de l'exhérédation servît de frein pour retenir les enfans dans l'obéissance et la soumission qu'ils doivent à leurs pères et à leurs mères. Elle produirait un effet tout contraire, et même elle inviterait au crime, si les enfans pouvaient éviter la peine par leur déréglement. Le consentement des pères et des mères à de pareils mariages, étant, en quelque manière extorqué, il doit leur être permis de se réserver le droit qui leur est accordé par l'ordonnance. — Waucquier avait dit au procès que sa femme n'était pas enceinte lorsqu'il l'avait épousée; qu'il ne l'avait même jamais connue avant le mariage, et qu'elle avait usé d'artifice pour le faire accroire à son père, afin d'obtenir son consentement. On ne s'y est point arrêté, et sa cause n'en serait pas devenue meilleure, un consentement surpris par une fourberie, ne pouvait pas le garantir de la peine de l'ordonnance. »

C'est une question fort controversée entre les auteurs, si un père est obligé de doter sa fille, lorsqu'elle a d'ailleurs de quoi se doter elle-même? Voët, sur le Digeste, titre *de Jure Dotium*, n. 11, soutient que l'affirmative est conforme aux principes du droit romain; mais il est contredit par un grand nombre d'auteurs (1).

Cette question s'est présentée plusieurs fois au parlement de Flandre, mais toujours dans une espèce particulière. C'étaient des enfans qui, ayant perdu leur père ou leur mère, et ne jouissant de rien de ce que le prédecedé leur avait transmis, demandaient une Dot au survivant, usufruitier de tout. Leur demande était favorable, puisqu'elle ne tendait en quelque sorte qu'à se faire restituer une portion de leur propre bien. Aussi a-t-elle été constamment accueillie.

Entre tous les arrêts rendus sur ce point, j'en ai remarqué quatre.

Le premier, du 29 novembre 1698, a (suivant M. le president des Jaunaux, tome 2, §. 240), condamné la dame veuve Hattu à doter sa fille *le cas échéant*, quoiqu'elle eût de *grands biens que lui avait laissés sa tante*.

Par le second, rendu en faveur de l'épouse du sieur Caulier procureur du roi à la gouvernance de Douai, la dame Wauthier sa mère, fut, en sa qualité de veuve commune, condamnée à lui payer une Dot proportionnée à ses facultés, quoique la dame Caulier eût de quoi se doter elle-même, au moyen d'une succession considérable qui lui était échue par le décès d'un oncle.

Par le troisième, intervenu an rapport de M. Merlin d'Estrenx, le sieur Boulé de Fervaques, qui, après la mort de son épouse, était demeuré propriétaire de tous les meubles, et usufruitier de tous les immeubles qu'elle avait délaissés, fut condamné à fournir une Dot à la demoiselle sa fille, mariée au sieur Weltom, quoiqu'elle eût eu, par le testament d'une demoiselle Le Mesureur, assez de biens pour se constituer à elle-même une Dot.

Par le qnatrième arrêt, rendu au rapport de M. de Mullet, le 29 octobre 1742, le sieur Grebert, à qui sa femme n'avait apporté que 5,000 liv., fut condamné à payer, à titre de Dot, 2,000 liv. chaque année à la dame de Valicourt de Séranvillers, parceqn'il était donataire de la part de sa femme dans la communauté, et sans avoir égard à ce que la dame de Valicourt avait recueilli la succession de son aïeule maternelle.]

[[VII. Aujourd'hni, « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » C'est la disposition du Code Napoléon, art. 204.

Voici les motifs qui en ont été donnés par M. Tronchet, dans la discnssion de cet article au conseil d'état :

« Les rédacteurs du projet de Code civil ont trouvé en France deux systèmes établis. Dans les pays de droit écrit, la fille avait une action contre son père pour demander une Dot : cette jurisprudence était une modification à l'extrême étendue que le droit écrit donne à la puissance paternelle; et voilà pourquoi la fille n'avait pas la même action contre sa mère. Dans les pays coutumiers, au contraire, on tenait pour maxime que *ne dote qui ne veut*. — Il fallait choisir entre ces deux systèmes. — Les rédacteurs se sont déterminés par le principe que, la loi doit, autant qu'il est possible, ne pas déranger les habitudes des hommes; en conséquence,

(1) [[*V.* le plaidoyer du 15 juillet 1807, rapporté ci-après, §. 2, n. 7.]]

Digitized by Google

ils ont préféré la règle du droit coutumier, lequel régit la majorité de la France. La preuve qu'ils ne se sont pas trompés à cet égard, c'est que peu de tribunaux ont réclamé contre la disposition. Que l'on compte ces tribunaux, qui sont tous des pays de droit écrit, et l'on sera convaincu que les rédacteurs se sont conformés aux habitudes de la majorité des Français. — Une autre considération encore a déterminé les rédacteurs; ils ont réfléchi que la dureté des pères envers leurs enfans est un cas rare, et en quelque sorte une exception à l'ordre naturel des choses; en conséquence, ils ont cru devoir s'arrêter davantage aux inconvéniens plus fréquens que produirait la jurisprudence des pays de droit écrit, qu'aux inconvéniens rares que peut avoir l'usage des pays coutumiers. Il faut bien se garder d'armer les enfans contre leur père: l'action qu'on propose de leur donner, deviendrait un moyen de le gêner, de l'embarrasser, de rompre ses spéculations. Quelquefois, il ne voudra pas consentir à un mariage indiscret; et l'on forcera son consentement, en le plaçant dans l'alternative, ou de le donner, ou d'exposer aux regards du public le bilan de ses affaires.»]]

§. II. *Quelle est la nature de la Dot? Comment se constitue et se fixe-t-elle? Quels biens sont réputés dotaux?*

On appelle Dot ce que la femme, ou tout autre pour elle, donne, on s'oblige de donner au mari, pour soutenir les charges du mariage. [[*Code Napoléon*, art. 1540.]]

C'est un contrat synallagmatique dont le mariage est la condition essentielle. Sans le mariage, il n'y a pas de Dot; les obligations de la femme, ou de ceux qui ont promis une Dot pour elle, sont nulles de plein droit; et si le fiancé a reçu la Dot d'avance, il est tenu de la restituer, comme l'ayant sans cause.

De même, si le mariage est nul, il n'y a pas de Dot; mais il faut distinguer si la nullité procède d'un défaut de solennité ou de quelqu'empêchement inconnu à l'un ou à l'autre des conjoints; car, dans le premier cas, le mariage n'a aucun effet. Dans le second, la bonne foi du conjoint qui est dans l'ignorance fait, à son égard, que le mariage, quoique nul, produit le même effet que s'il était valable.

II. La Dot étant destinée à supporter les charges du mariage, les intérêts en sont dus au mari de plein droit, du jour de la bénédiction nuptiale, par quelque personne qu'elle ait été constituée, à moins qu'il n'y ait une convention contraire, ou qu'elle n'ait été stipulée payable dans un certain temps; car alors les intérêts ne commencent à courir que du jour du terme.

[[Aujourd'hui « la garantie de la Dot est due par toute personne qui l'a constituée; et ses intérêts courent du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire. » *Code Napoléon*, art. 1440. *V. Intérêt*, §. 2.]]

III. La Dot, comme toute autre obligation, doit être d'une chose ou d'une somme certaine, autrement elle est nulle: *Frustrà existimas actionem tibi competere, quasi promissa Dos tibi nec præstita sit, cùm neque species ulla, neque quantitas promissa sit; sed hactenùs nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quæ nubebat Dotem dare promiserit.* Loi 1, *C. de Dote promissâ.*

Il faut excepter de cette règle le père ou tout autre ascendant paternel ou maternel qui est obligé de doter; car, comme son obligation subsiste indépendamment de sa convention, il est censé n'avoir stipulé que pour se soumettre à la loi qui lui était déjà imposée. Il exciperait en vain du vice qui se rencontre dans ses expressions, puisque son gendre aurait une action, en vertu de la loi, pour le contraindre à fournir une Dot, suivant ses facultés: *Gener à socero Dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstratâ re vel qualitate stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto, stipulationem valere placuit, nec videri simile quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret: cùm inter modum constituendæ Dotis, et corpus ignotum differentia magna sit; Dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest.* Loi 69, §. 4, *D. de Jure Dotium.* Loi 7, *C. de Dote promissâ.* Cujas *ad lib. 4, resp. Papini.*

[Différens auteurs sont même d'avis que, dans nos mœurs, et abstraction faite de toute la subtilité romaine, cette décision doit être étendue aux Dots constituées par des étrangers ou par des parens qui n'y sont pas tenus. Telle est notamment l'opinion de Groeneveghen, *de Legibus abrogatis*, sur la loi 1, *C. de Dote promissâ.* C'est aussi celle de M. Wynantz, dans son Recueil d'arrêts du conseil souverain de Brabant, §. 136; ses termes sont remarquables: *Sive pater, sive alius, sive ipsa mulier Dotem sine quantitatis expressione promittat, ubique ea ad viri boni arbitrium, secundùm facultates patris aut mulieris, et pro qualitate personarum, dignitateque mariti, præstanda foret, explosâ juris Romani scrupulositate.* Ce magistrat ajoute que la compagnie souveraine dont il était le chef, l'a ainsi pensé dans une affaire qu'elle avait à juger: *eoque vidi inclinare curiam in lite inter dominas Pasteels matrem et nurum.*

Il y a un arrêt du grand conseil de Malines, du 27 mars 1685, qui va beaucoup plus loin. Il juge, 1° d'après la doctrine de Gail, (*Pratic. observ.*, l. 2, obs. 95, n. 11); de Bossus, (*de Dote filiarum*, chap. 4, §. 7, n. 98); de Gutticrez, (*de Matrimonio*, chap. 80, n. 7), et de quantité d'autres, qu'un père, ayant marié sa fille sans la doter, est tenu, après la célébration du mariage, de lui constituer une Dot proportionnée à ses facultés; 2° que cette fille étant décédée sans avoir intenté son action à cet égard, son mari, à qui elle a transmis tous ses droits mobiliers, est encore recevable à l'exercer de son

Digitized by Google

chef. Cet arrêt a été rendu sur l'appel d'une sentence du conseil provincial de Gand, qui avait décidé la même chose sur l'un et l'autre point. On le trouve dans le Recueil de M. Dulaury, §. 66.

Le premier point a été également décidé par trois des arrêts du parlement de Flandre, que l'on a rapportés ci-dessus, §. 1. Les sieurs Caulier, Veltom et de Valicourt avaient éponsé leurs femmes sans Dot; mais ils leur en ont fait constituer postérieurement par les arrêts cités; et ils n'ont pas employé, pour y parvenir, d'autres autorités que celles qui, selon M. Dulaury, avaient motivé l'arrêt rendu précédemment au grand conseil de Malines.]

IV. Pour fixer la Dot légale, on ordonne communément une assemblée de parens, afin de connaître l'état de la fortune du père; et on adjuge presque toujours à la fille une somme égale à celle qu'elle aurait, si elle prenait sa légitime.

[M. Wynautz, §. 138, cite un arrêt du conseil souverain de Brabant, de 1691, qui a adopté ce taux: *Dotem assignandam ad ratam legitimæ judicatum fuit;* ce sont ses termes.

Mais ce taux est-il de nécessité, et peut-on dire qu'une Dot n'est competente qu'autant qu'elle est égale à la légitime?

Cette question a singulièrement partagé les opinions des auteurs. Pour l'affirmative, on compte principalement ceux qu'a rassemblés le cardinal Mantica, dans son Traité *de tacitis et ambiguis Conventionibus*, liv. 2, chap. 22. Tous assurent que c'est l'avis le plus généralement reçu, et qu'on le suit notamment au tribunal de la rote de Rome.

L'opinion contraire a pour sectateurs Sauchez, (*de Matrimonio*, liv. 4, *de consen. coact. disput.* 26, n. 8); Baeça, (*Tract. de non melior. an. Dot.* cap. 1, n. 1); Menochius, (*de Arbitr. judic. cas.* 149, n. 5); Fontanella, (*de pactis Dotalibus, claus.* 5, *glos.* 8, *part.* 1, n. 6); et le président Favre, (*Codex Fabrianus, lib.* 5, *tit.* 19, *definit.* 20). Celui-ci nous apprend qu'elle a été embrassée par le sénat de Chambéry dans une affaire jugée en novembre 1590. Nous voyons aussi, dans le Recueil de M. Wynantz, §. 137, que le conseil souverain de Brabant a pensé de même, lors d'un arrêt rendu le 10 décembre 1706.

Nous ne pouvons pas mieux justifier cette opinion, qu'en traduisant ici ce qu'a écrit là-dessus le président Favre. — « La plupart, dit-il, ne regardent une Dot comme competente, lors même qu'elle est assignée du vivant du père, qu'autant qu'elle répond à la légitime qui ne pourrait être refusée à la fille, si elle perdait son père à l'instant même de son mariage: mais cela n'est pas exact. Il n'est pas possible que, pendant la vie du père, la Dot représente la légitime, puisqu'alors il n'est pas dû de légitime à l'enfant. Rien n'empêche donc qu'une Dot ne soit competente, quoiqu'elle n'égale pas la légitime. Il est vrai que les lois veulent qu'on règle la Dot d'après l'estimation des biens du père, (Loi 60 et loi 69, §. *Gener*, D. *de Jure Dotium*. Loi 43, D. *de Legatis* 3°. Loi 19, §. 1, C. *de Hæreticis*); mais cela ne contrarie nullement ce que nous avançons; car ces lois doivent être entendues de manière que dans l'estimation on ait égard même au temps que le père peut encore vivre, et aux enfans qui peuvent encore lui survenir (loi 43, D. *de Legatis* 3°). S'il en était autrement, et si la légitime devait toujours faire la règle de la Dot, à quel propos les lois ordonneraient-elles que, dans la fixation de la Dot, on considère la noblesse de la femme, la dignité du mari, l'usage du lieu où le mariage se contracte (loi 60 et loi 69, D. *de Jure Dotium*)? La légitime est indépendante de toutes ces circonstances: elle est fixe et immuable. Pourquoi aussi les lois nous parleraient-elles de l'imputation de la Dot dans la légitime (loi 29, C. *de inofficioso Testamento*); et pourquoi verrions-nous les auteurs distinguer si la Dot constituée par le père, suffit pour remplir la légitime ou non? Tout cela serait bien illusoire, dans la supposition qu'il ne pût y avoir de Dot competente qui n'équivalût à la légitime. Et remarquons encore que dans cette supposition, il faudrait reputer excessive toute Dot qui surpasserait le taux de la portion legitimaire, ce qui est bien sûrement contraire aux principes; car, aux termes de la loi unique, C. *de inofficiosis Dotibus*, la Dot inofficieuse, et par conséquent excessive, n'est pas celle qui surpasse la legitime, mais bien celle qui, par son énormité, empêche que les autres enfans n'aient leur legitime entière. — Au surplus, s'il s'agissait, après la mort du père, de déterminer si une Dot est suffisante pour exclure la fille de la demande d'une portion légitimaire, ou si l'on se trouvait dans une de ces coutumes qui refusent la légitime à toute fille qui a été dotée *competemment*, j'inclinerais assez à dire qu'alors la Dot tient lieu de legitime, et qu'elle ne doit être réputée competente, qu'autant qu'elle répond à la légitime, eu égard au temps où s'en fait la constitution; mais, dans ces cas mêmes, je ne vois rien qui empêche qu'on ne porte le tanx de la Dot au-dessus de celui de la légitime. » — M. Favre finit par nous avertir que cette distinction a été approuvée par le sénat de Chambéry, en novembre 1590, en novembre 1593, et en août 1595.

Par-là se résout la question de savoir si une fille mariée et dôtée par son père peut encore inquiéter celui-ci, sous prétexte qu'elle n'a pas reçu une Dot suffisante; et s'il lui est permis d'en demander un supplément qui la fasse jouir de tout ce qu'elle aurait si elle prenait la legitime?

On sent bien que la négative ne peut pas souffrir le moindre doute dans l'opinion de ceux qui croient que l'on n'est pas obligé de prendre, pour déterminer la fixation de la Dot, la même proportion que pour régler la légitime; mais, quand on adopterait à cet égard une opinion contraire, il faudrait encore donner la même décision à la question proposée. En effet, lorsque le père a doté sa fille et l'a mariée convenablement à son état, il a rempli le devoir paternel; il est censé avoir fait tout ce qu'il devait faire. Les lois n'obligent les pères et

Digitized by Google

les mères à doter leurs enfans, que pour faciliter les mariages : le vœu de la loi est accompli. Il serait indécent que la fille vint avec une balance peser, s'il est permis de s'expliquer ainsi, les facultés de son père.

C'est une question si, pour déterminer la Dot d'une fille, on peut obliger son père à produire un état général et détaillé de sa fortune? M. Wynautz, §. 138, rapporte une espèce dans laquelle cette question fut agitée, de son temps, au conseil souverain de Brabant; et, après avoir balancé toutes les raisons et toutes les autorités que l'on alléguait pour et contre, il nous apprend que, par arrêt du 10 décembre 1706, il a été ordonné que le père constituerait à sa fille une rente de 1,000 florins, si mieux il n'aimait prouver que cette Dot était au-dessus de sa fortune.

L'arrêt du parlement de Flandre du 29 octobre 1742, que nous avons cité plus haut, §. 1, prononce à peu près de même. Il « ordonne au sieur Grebert de donner un état, tel qu'il puisse l'affirmer véritable, contenant tous les biens qu'il possède, tant à titre de la communauté d'entre lui et sa défunte épouse, qu'autrement, rien réservé ni excepté, dans lequel seront compris ses meubles et argenteries, ensemble les effets et le produit de son commerce, ses dettes actives et passives dûment détaillées; si mieux n'aime ledit sieur Grebert fournir pour Dot la somme de 1,600 florins chaque année, payable du jour de la célébration du mariage du sieur de Séranvilliers avec Marie-Thérèse Grebert, etc. »

M. Wynautz, après avoir rapporté l'arrêt dont nous avons parlé avant celui-ci, emploie, pour le justifier, des réflexions qui s'appliquent aussi-bien à l'un qu'à l'autre. — On voit, dit-il, que le conseil de Brabant n'a pas voulu ordonner directement et précisément la production d'un état des biens du père, et cela n'est pas étonnant. On ne doit pas écouter facilement un enfant qui vient demander à mettre au grand jour tous les secrets de la famille. Il est vrai qu'en fixant une Dot, le juge doit principalement arrêter son attention à la quantité des biens de celui qui doit la fournir; et qu'à la rigueur, cette quantité ne peut être bien connue que par une déclaration détaillée. Mais, en cette matière, il ne faut pas être minutieux : on doit se contenter d'une connaissance générale de la fortune du père; et cette connaissance s'acquiert assez par la commune renommée et par d'autres circonstances. Ce n'est pas qu'il n'y ait des cas où l'on ne puisse obliger un père à donner un état de ses biens; mais ils sont infiniment rares, et il faut de bien fortes raisons pour qu'un juge puisse se permettre d'entrer ainsi dans les secrets d'une famille étrangère : c'est une espèce de curiosité qui ne peut trouver son excuse que dans la nécessité même de rendre à chacun la justice qui lui est due.

Après avoir ainsi justifié l'arrêt cité, M. Wynautz nous en retrace trois autres qui ont été rendus dans des circonstances particulières.

Le premier est intervenu entre la veuve de M. Busleyden, procureur général du conseil de Brabant, et le sieur de Parmentier, son gendre. Celui-ci demandait à sa belle-mère un état de ses biens, pour fixer la Dot qu'elle était obligée de lui payer. La dame de Busleyden s'y refusait, et se contentait d'offrir à sa fille une pension annuelle de trois cens florins-brabant; elle disait que sa fille aînée n'en avait pas eu davantage; qu'il lui restait encore trois enfans à établir; qu'elle devait d'ailleurs se conserver de quoi vivre elle-même; qu'après tout, le sieur de Parmentier n'était point d'un état à exiger plus qu'elle n'offrait. Par arrêt du 20 février 1710, les offres de la belle-mère ont été jugées suffisantes.

Le second arrêt rapporté par M. Wynantz est celui de 1691, dont nous avons déjà parlé. La veuve de M. Rycquewaert, conseiller au conseil de Brabant, en mariant sa fille aînée au sieur d'Ognate, lui avait assigné pour Dot une pension annuelle de 600 florins. Quelque temps après, elle maria sa seconde fille au sieur Vandenbroeck, et ne voulut lui rien donner. Elle ne prouvait cependant pas, elle n'osait pas même alléguer que sa fortune eût essuyé quelque échec dans l'intervalle d'un mariage à l'autre. Par un premier arrêt, elle fut condamnée à constituer à la dame Vandenbroeck une pension égale à celle dont jouissait sa fille aînée, si mieux elle n'aimait lui payer et fournir dès à présent sa légitime; ce qu'elle serait tenue d'opter dans la huitaine. La dame de Rycquewaert opta le second parti; et, en conséquence, il lui fut ordonné de produire un état et un inventaire de tous ses biens : *Nec mirum*, dit M. Wynantz, *in hanc enim necessitatem se sud conjecerat electione, utpotè quòd sine statu et descriptione tali, impossibile sit legitimam determinare.*

Le troisième arrêt est du 10 novembre 1710. Le fils d'un négociant, marié depuis peu, et exerçant la même profession que son père, demandait à celui-ci une Dot proportionnée à sa fortune, et qui pût l'aider dans son commerce. Le père offrait de la payer en pensions annuelles, à l'exemple de ce qui avait été ordonné par les deux arrêts que nous venons de rappeler. Le fils répondait qu'il y avait bien de la différence entre l'état des personnes pour qui ces arrêts avaient été rendus, et celui d'un marchand; que les premiers n'avaient besoin d'argent que pour l'employer en rentes ou autres biens fructueux; et que dès-là, il paraissait naturel de laisser à leur père et à leur mère la faculté d'en faire emploi sur eux-mêmes : qu'un marchand, au contraire, ne pouvait pas se passer d'argent comptant; et que ce n'était que par des capitaux considérables qu'il pouvait soutenir et faire fructifier son commerce. — Le premier juge, avant faire droit, ordonna au père de produire un état de ses biens. — Le père appela de cette sentence; et, en offrant de donner inspection de ses affaires et de sa fortune à tels commissaires du conseil qui seraient députés à cet effet, il consentit que la pension dont il voulait que son fils se contentât, fût fixée à 400 florins-brabant ou même à une plus forte somme, si la cour jugeait, d'après le rapport des commissaires, que sa fortune

Digitized by Google

l'exigeât ainsi. — Le conseil de Brabant, dit M. Wynantz, ne crut pas que le père pût s'acquitter envers son fils en lui constituant une pension, et il adopta la distinction faite par ce dernier, entre les gentilshommes ou bourgeois vivant de leurs biens, et les marchands. En conséquence, par arrêt du 7 novembre 1710, il infirma la sentence du premier juge, en ce qu'elle ordonnait au père de prodnire une declaration de ses biens; émendant quant à ce, donna acte au fils de l'offre faite par son père de communiquer l'état de ses affaires aux commissaires du conseil qui seraient pour ce dénommés, ordonna que cette communication serait faite à deux conseillers, pour être, sur leur rapport, statué ce qu'il appartiendrait; et cependant, par provision, condamna le père à payer à son fils une somme de mille écus comptant, et de lui faire en outre une pension de 260 florins.] — [[*V.* ci-dessus, §. 1, n. 7, et l'art. 511 du Code Napoléon.]]

V. La constitution dotale laissée à l'arbitrage d'un tiers est valable, et le mari peut demander contre sa femme ce qui a été décidé par l'arbitre. [[*V.* la loi 4, C. *de Dotis promissione.*]]

VI. Si le père a déclaré qu'il dotait sa fille, tant sur ses biens que sur les biens maternels [[précédemment échus à sa fille même]], le père est-il obligé d'acquitter la Dot en entier, ou se divise-t-elle par moitié? Justinien, dans la loi 7, C. *de Dotis promissione*, témoigne que les anciens jurisconsultes avaient varié sur cette question; et il tranche le nœud en décidant que, si le père est pauvre, la Dot sera imputée sur le bien des enfans; que, s'il est riche, il sera censé avoir doté sur son propre bien.

Cette décision de Justinien est fondée sur ce que le père est obligé de doter suivant ses facultés; s'il est riche, il doit s'en prendre à lui-même de ce qu'il ne s'est pas expliqué plus clairement; il devait déterminer ce qu'il voulait donner sur ses biens et consentir que ses enfans se dotassent sur le leur.

Despeisses fait mention d'un arrêt du parlement d'Aix, qui a jugé conformément à cette décision.

D'anciens arrêts rapportés par d'Olive prouvent qu'on suivait la même jurisprudence au parlement de Tonlouse; mais elle a changé depuis; et l'on y juge que la Dot doit être supportée également par le père et par les biens de la mère.

[[Voici ce que règle là-dessus le Code Napoléon :

«*Art.* 1545. Si le survivant des père ou mère constitue une Dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la Dot se prendra d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et le surplus sur les biens du constituant.

» 1546. Quoique la fille dotée par ses père et mère ait des biens à elle propres dont ils jouissent, la Dot sera prise sur les biens des constituans, s'il n'y a stipulation contraire. »

La constitution de Dot que fait un père à sa fille d'une somme fixe du chef de sa mère, peut-elle être considerée comme une vente que la fille fait au père de ses droits successifs maternels; et est-elle en conséquence passible des droits d'enregistrement auxquels une pareille vente donnerait ouverture? — Est-il dû un droit proportionnel d'enregistrement pour la constitution de Dot que fait un père à sa fille, d'une somme précédemment léguée à celle-ci par un parent collatéral ou un étranger?

En fructidor an 10, contrat de mariage entre Michel Lachare et Marie-Agathe Delmas. Le père de la future épouse lui constitue en Dot, 1° 13,000 francs du chef de sa mère; 2° 2,000 francs provenant d'un legs à elle fait en 1786, par une tante maternelle; 3° 17,000 francs de son chef personnel. Il paye comptant une somme de 3,000 francs imputable sur le tout, et il s'oblige de payer le restant à des termes fixes. — Ce contrat présenté à l'enregistrement, le receveur perçoit, sur les 13,000 francs provenans de la mère, une somme de 520 francs; et sur les 2,000 fr. qui forment le montant du legs de la tante, une somme de 20 francs. — Le sieur Delmas et le sieur Lachare son gendre réclament contre ces perceptions, et soutiennent, 1° qu'aux termes de la loi du 22 frimaire an 7, la dotation de 13,000 francs, du chef de la mère, ne doit que 62 centimes et demi par 100 francs; 2° que la promesse d'acquitter entre les mains des époux les 2,000 fr. légues par la tante, n'étant que l'exécution d'un acte antérieur déjà enregistré, n'est soumise par l'art. 68 de la même loi qu'au droit fixe d'un franc. — La régie de l'enregistrement répond 1° que la dotation des 13,000 francs du chef de la mère, renferme implicitement un traité entre le père et la fille, par lequel celle-ci transporte à celui-là l'hérédité de sa mère, moyennant la somme de 13,000 francs; et que, par conséquent, elle est assujettie au droit proportionnel déterminé par la loi du 22 frimaire an 7, art. 69, §. 7, n. 1; 2° que la même loi, art. 69, §. 3, n. 3, soumet au droit proportionnel d'un franc par 100 francs, toute espèce de promesse de payer; qu'ainsi, il est dû un droit d'un franc par 100 francs sur la promesse du père de payer les 2,000 francs legués par la tante. — Le 20 messidor an 10, jugement du tribunal civil de l'arrondissement d'Usel, qui déboute les sieurs Delmas et Lachare de leur demande en restitution des droits perçus. — Mais ceux-ci se pourvoient en cassation, et, par arrêt du 10 pluviose an 13, au rapport de M. Vasse, — « Vu les dispositions de la loi du 22 frimaire an 7, tit. 9 et 10; — Attendu que, dans le contrat de mariage du 13 floréal an 10, enregistré le 21, aucune clause, aucune expression ne tendait à supposer une vente ou cession par la fille à son père, et ne pouvait induire les juges à rechercher et appliquer une disposition de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire, concernant les ventes et cessions d'immeubles; — Attendu que la même loi, par son art. 68, §. 3, n. 1, avait fixé la perception relative aux donations faites par les ascendans dans les contrats de mariage; — Attendu que la partie de la clause du contrat relative au paiement des 2,000 francs du legs précédemment fait à la future épouse, reportait évidemment

Digitized by Google

les parties vers la disposition de l'art. 68, §. 3, n. 6, et nullement vers celle de l'art. 69, §. 3, n° 3, puisque la promesse d'acquitter aux futurs époux les 2,000 francs légués par la tante à la future, alors mineure, ne contenait point une obligation personnelle de la part de Delmas, mais seulement une déclaration d'exécution et de consommation d'un acte antérieur et enregistré ; — Par ces motifs, la cour casse et annulle..... »]]

VII. Il arrive quelquefois que les pères, en dotant leurs filles, les font renoncer à ce qui leur revient des biens de leurs mères. Henrys et Despeisses soutiennent que cette renonciation est nulle, par la raison que le père est obligé à doter sa fille *de suo;* et que le gendre reçoit la Dot comme le paiement d'une dette, qui ne peut par conséquent pas entrer en compensation avec la renonciation de la femme. Or, il est de principe que toutes les renonciations de ce genre, qui sont faites *nullo dato vel retento*, sont nulles; parcequ'il faut que la fille qui renonce, reçoive le prix de sa renonciation, et qu'il y ait quelque incertitude pour les droits auxquels elle renonce.

La décision de ces auteurs doit recevoir quelques modifications. Le père ne doit qu'une espèce de légitime, suivant l'état actuel de sa fortune; si ce qu'il a donné excède cette légitime, la renonciation peut être valable, comme si elle était faite du vivant de la mère et de son consentement; ou si elle a laissé une succession si embarrassée, que ce que le père a donné puisse entrer en balance avec l'incertitude de l'événement.

Il est assez fréquent, en pays coutumier, que les pères et les mères, en dotant leurs enfans, leur imposent la condition de laisser jouir le survivant de la part du prédécédé. La coutume de Paris autorise cette condition pour les conquêts.[[Mais voy. *Contrat de mariage*, §. 2, n. 9.]]

[[La fille mineure à qui son père, en la mariant, a constitué une Dot, à la charge par elle de ne pas lui demander le compte de sa tutelle, peut-elle exiger ce compte, sans renoncer à sa Dot? — Et si elle y renonce effectivement, pourra-t-elle, après la clôture du compte, rétracter sa renonciation, en cas qu'il lui paraisse alors plus avantageux de s'en tenir à sa Dot que de reclamer le reliquat des deniers de sa tutelle?

Le 2 frimaire an 11, un contrat de mariage est passé devant notaire à Bruxelles, entre Abraham-Hippolyte Possel, banquier, *demeurant à Paris*, et Caroline-Françoise Ottevaere, fille mineure de François-Bernard Ottevaere, *demeurant à Deynse, département de l'Escaut*. — Par cet acte, il est stipulé qu'il n'y aura point de communauté entre les futurs époux; que la future épouse jouira personnellement de tous ses biens, et qu'elle est dès à présent autorisée à les administrer, affermer, hypothequer et aliéner, même à poursuivre en justice toutes les actions qui pourront la concerner, *sans qu'il soit besoin d'autre autorisation*. — Par le même contrat, le sieur Ottevaere fait à sa fille une constitution dotale, au moyen de laquelle (est-il dit, art. 4), *il ne sera tenu à aucun compte ni à faire état de la succession de feue son épouse, comme non plus de la succession de feu Jean Ottevaere, frère de la future épouse, dont son père a commencé la liquidation, et qu'il achèvera à sa volonté.*

Après la célebration du mariage, les époux fixent leur domicile dans la ville de Saint-Quentin.

Le 27 floréal an 12, la dame Possel, autorisée de son mari, fait assigner son père devant le tribunal civil de Gand, pour se voir condamner à lui rendre compte de sa tutelle; et elle fonde cette demande sur la nullité de la clause de son contrat de mariage qui le dispense de rendre ce compte. — Le sieur Ottevaere reconnait la nullité de cette clause; mais il soutient que sa fille doit, en faisant déclarer cette clause nulle, renoncer à la constitution dotale dont elle est à la fois le prix et la condition. — Le 11 messidor suivant, jugement qui le décide ainsi, et par suite, déclare la dame Possel non recevable dans sa demande, faute d'avoir préalablement renoncé à sa Dot.

La dame Possel renouvelle sa demande en d'autres termes; et un second jugement du 7 thermidor de la même annee la declare également non recevable.

Appel de ces deux jugemens. Par arrêt du 13 pluviose an 13, — « Attendu que la constitution de Dot, telle qu'elle a été faite à l'appelante, est un véritable avantage à elle fait en faveur de son futur mariage; — Que c'est pour balancer cet avantage, que la stipulation de l'art. 4 a été faite par l'intimé; — Que sous cet aspect, le contrat est une obligation bilatérale entre l'appelante et son père; partant qu'elle ne peut se prévaloir de la nullité légale de la stipulation faite par l'intimé, sans abandonner en même temps l'avantage qui ne lui était fait qu'en vertu de cette stipulation; — La cour (d'appel de Bruxelles), joignant les deux appels des jugemens des 11 messidor et 7 thermidor an 12, met l'appellation au néant; condamne l'appelante en l'amende de 60 francs, etc. »

Le sieur Possel et son épouse se pourvoient en cassation, et leur requête est admise par arrêt du 11 février 1806.

Le 31 décembre suivant, la dame Possel, parvenue à sa majorité, *et autorisée par son contrat de mariage*, passe devant notaires à Halle, département de la Dyle, un acte par lequel, reconnaissant l'injustice des demandes qu'elle a formées contre son père, elle declare se désister du recours en cassation qu'elle a intenté contre l'arrêt qui a proscrit ces demandes.

Le 7 mai 1807, le sieur Ottevaere produit cet acte devant la cour de cassation, et conclut à ce qu'il soit dit que, vu le désistement de la dame Possel, il n'y a pas lieu à statuer sur son recours en cassation. — Le sieur Possel répond, que son épouse n'a pas pu, sans son autorisation, donner un pareil désistement; et il en demande la nullité, en invoquant les art. 215, 217 et 223 du Code Napoléon.

Au fond, les deux parties soutiennent; l'une,

Digitized by Google

que la cour d'appel de Bruxelles a violé les lois relatives à l'obligation des tuteurs de rendre compte de leur gestion ; l'autre, que l'arrêt de cette cour est conforme au principe de l'indivisibilité des contrats.

« Il se presente dans cette affaire (ai-je dit à l'audience du 15 juillet 1807), un incident qui doit, avant tout, fixer l'attention de la cour : c'est la fin de non procéder que le sieur Ottevaëre fait résulter du désistement qui a été souscrit par la dame Possel le 31 décembre 1806; et vous avez à juger si ce désistement est valable ou nul.

» Cette question nous paraît devoir être examinée sous deux faces différentes : par rapport à la femme mariée en général, et par rapport à la femme mariée, comme la dame Possel, avec une autorisation indéfinie d'administrer, d'hypothéquer, d'aliéner ses biens, et de soutenir en justice toutes les actions qui la concernent personnellement.

» En thèse générale, la femme mariée ne peut pas ester en jugement sans l'autorisation ou le concours de son mari ; et le mari, de son côté, ne peut pas non plus intenter une action immobilière du chef de sa femme, ni y défendre, sans être assistée de sa femme elle-même ; ou du moins il n'y a d'exception à cette règle que pour les actions qui sont relatives aux biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal.

» Ainsi, de même que la dame Possel, en la supposant soumise à la loi commune, n'aurait pas pu, sans l'autorisation ou le concours de son mari, intenter l'action immobilière sur laquelle a statué l'arrêt qui vous est aujourd'hui dénoncé ; de même aussi le sieur Possel n'aurait pas pu intenter cette action sans l'aveu et l'assistance de sa femme.

» Mais de ce que pour intenter cette action, le concours des deux époux était nécessaire, s'ensuit-il que cette action ne puisse plus être poursuivie du moment que la femme s'en désiste, même sans autorisation ?

» L'affirmative semblerait, à la première vue, ne devoir éprouver aucune difficulté. *Nihil tam naturale est*, porte une célèbre règle de droit, *quàm unum quodcumque eodem genere dissolvi quo colligatum est*. La demande simultanée des deux époux a été nécessaire pour former l'instance dont il s'agit. Cette instance paraîtrait donc devoir cesser, dès que l'un des époux abandonne seul la demande qu'il a formée conjointement avec l'autre.

» Mais ne pent-on pas rétorquer cet argument et dire : La femme n'a pas pu intenter la demande sans l'autorisation de son mari ; elle ne peut donc pas non plus, sans l'autorisation de son mari, la rétracter et s'en désister ?

» D'ailleurs, de ce que le mari n'a pas pu former la demande sans l'aveu et le concours de la femme, il ne s'ensuit pas que la femme eût pu, seule et sans l'autorisation du mari, renoncer au droit de la former. Renoncer au droit d'intenter une action immobilière, c'est la même chose qu'aliéner un immeuble. La femme qui ne peut pas aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari, ne peut donc pas non plus, sans l'autorisation de son mari, renoncer à ses actions immobilières.

» Sans doute, lorsque son mari voudra exercer seul les actions immobilières de sa femme, il y sera déclaré non recevable. Sans doute, il est au pouvoir de la femme d'empêcher, par son refus de concourir à l'exercice de ses actions immobilières, que son mari ne poursuive ces actions. Mais autre chose est de ne pas exercer une action dans un moment déterminé, autre chose est de renoncer à cette action pour toujours. Dans le premier cas, la femme ne se dépouille pas de ses droits : elle ne fait que les tenir en suspens ; elle ne fait qu'en remettre l'effet à un temps plus opportun. Dans le second, elle aliène ses droits ; or, toute aliénation de droits immobiliers lui est interdite, tant que son mari n'y intervient pas par son autorisation.

» Serait-il permis à la femme de renoncer, moyennant une somme d'argent, à une action immobilière qui serait pendante de son chef en justice? Non ; car renoncer à une action moyennant une somme d'argent, c'est transiger : *Transactio* (dit Voët sur le Digeste, liv. 2, tit. 15, n. 1, d'après la loi 38, C. *de Transactionibus*), *est super re dubiâ aut lite incertâ, conventio non gratuita, aliquo dato, retento vel promisso ;* et il est bien constant qu'une femme ne peut pas transiger sans l'autorisation de son mari. — Or, ce qu'une femme ne pourrait pas faire, moyennant une somme d'argent qu'on lui compterait, comment voudrait-on qu'elle pût le faire gratuitement? Comment voudrait-on qu'un désistement, qui serait nul s'il était compensé par quelques avantages, fût valable par la seule raison qu'il ne présente de la part de la femme qu'un sacrifice en retour duquel il ne lui est rien donné, rien promis, rien réservé ?

» Disons donc que les principes du droit commun ne permettent pas d'avoir le moindre égard au désistement dont se prévaut le sieur Ottevaëre ; et voyons si cet acte peut être maintenu d'après les clauses particulières du contrat de mariage de la dame Possel.

» La dame Possel a été autorisée par son contrat de mariage, non seulement à jouir séparément de ses biens, à les administrer et à les affermer, mais encore à les engager, à les hypothéquer, à les aliéner, et à intenter ou soutenir en justice toutes les actions qui y seraient relatives.

» Si la jurisprudence du pays où ce contrat a été passé pouvait ici nous servir de règle, il n'y a nul doute que l'autorisation générale que renferme ce contrat ne dût avoir tout son effet. Personne n'ignore que dans le ci-devant Brabant, dans la ci-devant Flandre, dans le ci-devant Artois, on ne faisait aucune difficulte, avant la publication du Code Napoleon, de tenir pour valables les autorisations générales qui étaient accordées aux femmes par leurs contrats de mariage.

» Mais pouvons-nous ici nous arrêter à cette jurisprudence ? Nous le pourrions, nous le devrions peut-être, si cette jurisprudence avait, dès

Digitized by Google

le moment où s'est mariée la dame Possel, règle et détermine son état. Une fois investie par un contrat de mariage antérieur au Code Napoléon, du droit d'aliéner ses biens et d'ester en jugement sans l'autorisation de son mari, peut-être la dame Possel n'aurait-elle pas été privée de ce droit par le Code Napoléon. Peut-être pourrait-on dire que le Code Napoléon n'a pas, par un effet rétroactif qu'il condamne lui-même par son second article, dépouillé les femmes mariées avant sa publication, d'une capacité qui leur était acquise par leurs conventions matrimoniales.

» Mais sans aborder cette question qui n'est pas sans difficultés, attachons-nous à ce seul point : est-ce par la jurisprudence brabançonne qu'a été fixé l'état de la dame Possel, au moment où la dame Possel s'est mariée ?

» Nous répondrions *oui* sans hésiter, il n'y aurait même aucune raison qui pût justifier une autre résolution, si, au moment où la dame Possel s'est mariée, il eût été dans l'intention des époux d'établir leur domicile en Brabant. Dans cette hypothèse, en effet, le Brabant eût été le domicile matrimonial des époux ; et tout le monde sait que c'est par la loi du domicile matrimonial que l'on juge de la validité des stipulations du contrat de mariage, comme c'est par la même loi que l'on supplée, en ce qui concerne l'état et la capacité de la femme, à tout ce que le contrat de mariage n'a pas prévu.

Mais le sieur et dame Possel avaient-ils, en se mariant, l'intention de s'établir dans le ci-devant Brabant? Rien ne l'annonce, rien même ne le fait présumer. Le sieur Possel s'est dit, par le contrat de mariage, domicilié à Paris; c'est donc, comme domicilié à Paris, qu'il s'est marié; c'est donc aussi à Paris que la dame Possel s'est trouvée domiciliée à l'instant même où le mariage a été célébré (car la femme suit nécessairement le domicile de son mari); la ville de Paris est donc le domicile matrimonial du sieur et de la dame Possel.

» Qu'importe que depuis le sieur Possel ait transporté son domicile à St.-Quentin ? Cette circonstance n'a rien changé au domicile matrimonial. Mais d'ailleurs quand on pourrait inférer de là que l'intention des époux était, en se mariant, de s'établir à St.-Quentin, quand on pourrait inférer de là que ce n'est point à Paris, mais à St.-Quentin qu'est le domicile matrimonial du sieur et de la dame Possel, quelle différence en résulterait-il par rapport à la question que nous avons à résoudre? Aucune. La jurisprudence, sur l'effet des autorisations générales stipulées par contrat de mariage, était, avant le Code Napoléon, la même à Saint-Quentin qu'à Paris : et à St.-Quentin, comme à Paris, comme dans tout le ressort du parlement qui siégeait dans cette dernière ville, ces autorisations n'avaient pas alors plus d'effet qu'elles n'en ont actuellement.

» C'est ce qu'établissait M. d'Aguesseau dans son plaidoyer du 3 avril 1691; et c'est ce qu'ont jugé, indépendamment des anciens arrêts que ce magistrat invoquait dans ce même plaidoyer, comme ayant déjà consacré invariablement cette maxime, un arrêt du 27 mai 1702, rapporté par Augeard, tome 1, §. 503; un autre arrêt du 9 mars 1713, rapporté par Pocquet de Livonnière, dans ses *Règles du Droit français*, liv. 1, tit. 2, sect. 2, n. 19; un troisième, de 1734, rapporté par Duchesne, sur l'art. 47 de la coutume de Ponthieu; et un quatrième, du 26 juillet 1741, rapporté par Rousseaud de La Combe, dans son *Recueil d'arrêts notables*, ch. 99.

» La dame Possel n'est donc pas relevée par son contrat de mariage, de l'incapacité dans laquelle est, de droit commun, toute femme mariée de s'obliger et d'aliéner sans l'autorisation de son mari. Le désistement de la dame Possel doit donc être ici considéré comme non avenu. Nous devons donc discuter son recours en cassation avec le même soin que si elle ne s'en était pas désistée.

» Le succès de ce recours ne serait pas douteux, si la constitution dotale à laquelle a été apposée la condition de ne pas exiger de compte de tutelle, avait une date postérieure à la promulgation du Code Napoléon. Dans ce cas, la dame Possel dirait avec fondement : « La condition que mon père m'a imposée en me faisant une donation entre-vifs, est contraire à l'art. 472 du Code Napoléon. On doit donc appliquer à cette condition l'art. 900 du même Code, qui répute NON ÉCRITES, *dans toute disposition entre-vifs et testamentaire, les conditions impossibles et celles qui sont* CONTRAIRES AUX LOIS *ou aux mœurs*. Je puis donc tout à la fois recueillir l'effet de cette donation, et rejeter la condition dont elle est grevée. »

» Mais c'est avant la publication du Code Napoléon que le sieur Ottevaëre a fait à sa fille la constitution dotale dont il s'agit; et vous savez qu'avant la publication du Code Napoléon, loin de regarder comme non écrites les conditions impossibles ou illégales qui étaient apposées aux donations entre-vifs, les lois en faisaient résulter un vice qui détruisait ces donations dans leur propre substance. Car, alors comme aujourd'hui, les donations entre-vifs étaient rangées dans la classe des contrats : *in omnibus rebus quæ dominium transferunt*, dit la loi 35, *de obligationibus et actionibus*, au Digeste, *concurrat oportet affectus ex utrâque parte contrahentium : nam sive ea venditio, SIVE DONATIO, sive conductio, sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest*; et alors s'appliquait indistinctement à tous les contrats, cette règle dont le Code Napoléon excepte aujourd'hui les donations entre-vifs, que les conditions impossibles ou illégales vicient absolument les stipulations qu'elles modifient : *quia*, dit la loi 3 du titre cité, *in eâ re quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment oppositâ ed conditione quam sciant esse impossibilem*. Aussi, dans un arrêt du 22 pluviose an 9, au rapport de

Digitized by Google

M. Coffinhal, avez-vous dit, au sujet d'une donation faite par contrat de mariage, au survivant des époux, sous la condition de ne point se remarier, *que si l'on pouvait considérer une telle convention comme contraire aux bonnes mœurs, elle serait nulle pour le tout....* (*V. Viduité.*)

» Cela posé, il est évident que la dame Possel ne peut pas diviser la clause de son contrat de mariage, qui, en lui assignant une dot, lui interdit toute demande en reddition de compte; et que la partie de cette clause qui lui assigne une dot, ne peut plus subsister alors que faisant valoir la nullité de l'autre partie de la même clause, la dame Possel exige de son père le compte de tutelle dont elle l'avait dispensé en acceptant sa constitution dotale.

» Mais de là même ne doit-on pas conclure avec la cour d'appel de Bruxelles, que tant que la dame Possel n'aura pas renoncé à sa constitution dotale, elle sera non-recevable à exiger de son père le compte qu'il lui doit? De là même ne s'ensuit-il pas nécessairement que la cour d'appel de Bruxelles n'a contrevenu à aucune loi, et qu'elle a jugé comme elle devait le faire?

» On prétend, il est vrai, que trois arrêts, le premier du parlement de Toulouse, le second du parlement de Paris, et le troisième du parlement de Dijon, ont jugé en faveur de l'opinion que l'on soutient ici au nom de la dame Possel.

» Mais le premier de ces arrêts, où l'a-t-on puisé? dans quel auteur a-t-on pris les circonstances que l'on en rapporte? quelle en est même la date? A ces questions point de réponse de la part de la dame Possel : silence absolu de sa part sur ces questions, non seulement dans sa plaidoirie, mais même dans ses mémoires. Nous pouvons donc regarder ce prétendu arrêt comme supposé, comme n'existant pas, d'autant plus qu'il a échappé à toutes les recherches que nous en avons faites dans les recueils les plus estimés des arrêts du parlement de Toulouse.

» Le second arrêt n'est également qu'un être de raison. C'est d'après Brillon, au mot *compte de tutelle*, qu'on vous le cite; et l'on ne fait pas attention que Brillon le cite lui-même d'après Bouvot, et qu'il le cite comme rendu, non au parlement de Paris, mais au parlement de Dijon!

» Il ne reste donc des trois prétendus arrêts dont on se prévaut, que le seul arrêt du parlement de Dijon, rapporté par Bouvot; et il est très vrai que par cet arrêt, rendu dans une espèce semblable à celle dont il est ici question, le parlement de Dijon a couronné le système de la dame Possel. Mais sur quel fondement cet arrêt a-t-il prononce comme il l'a fait? Et aurait-on pu le casser, s'il eût donné la préférence à l'opinion contraire?

» Pour en bien juger, ouvrons le Recueil de Bouvot, aux mots *Clause de mariage*, quest. 1. — Le sieur de Montfort de La Chambre, domicilié dans le ci-devant duché de Bourgogne, avait, par le contrat de mariage d'Aymonde de Montfort, sa fille, avec le sieur Montigny, doué à celle-ci tous les droits qui lui appartenaient sur des biens désignés, à la charge qu'elle ne commencerait à en jouir qu'après la mort de Charles de Montfort de La Chambre, qui en avait l'usufruit. Par le même acte, le sieur de Montfort de La Chambre s'était obligé d'acquitter de toutes dettes les immeubles que sa fille avait recueillis de la succession de sa mère; *moyennant quoi*, était-il ajouté, *il demeurera déchargé de toute restitution de meubles, administration de biens et reddition de compte.* — Dans la suite, la dame Montigny se voyant évincée des biens que son père lui avait constitués en Dot, se pourvoit contre lui, et demande, 1°. que son père soit condamné à l'indemniser de l'éviction qu'elle a soufferte; 2°. qu'au moyen des lettres de restitution qu'elle vient d'obtenir contre la décharge contenue dans son contrat de mariage, il soit tenu de lui rendre compte de l'administration de ses biens et de sa part dans les meubles maternels. — Le sieur de Monfort de La Chambre soutient que sa fille est non recevable dans sa demande en garantie; que cette demande ne pourrait être admise, que dans le cas où sa fille ne réclamerait pas contre la décharge de toute reddition de compte; mais que sa fille, reclamant contre cette décharge, détruit par cela seul la base de sa demande en garantie des biens qu'elle a reçus de lui par son contrat de mariage; qu'en effet, la clause du contrat de mariage qui accorde au père la décharge de la reddition de compte, ne peut pas être séparée de la clause du même acte, par laquelle le père donne à sa fille les biens dont sa fille a été depuis évincée. — La dame Montigny réplique que son père, en lui constituant une Dot en biens immeubles, n'a pas exercé une libéralité, mais qu'il a rempli un devoir; que le père est tenu de doter sa fille; que par conséquent il est tenu de garantir la Dot qu'il lui a constituée; et que par conséquent encore, ce n'est point à une disposition gratuite, mais à l'acquittement d'une dette qu'a été apposee par le sieur de Montfort la condition de ne pas rendre compte; que la soumission de la dame de Montigny à cette condition n'a donc point de cause; qu'elle n'est donc compensée par aucun avantage; que la dame Montigny peut donc s'y soustraire, et qu'on n'en peut tirer aucune fin de non recevoir contre sa demande en reddition de compte.

» Telle est, messieurs, la substance de la longue analyse que fait Bouvot des moyens des deux parties; et cette analyse, voici comment il la termine: « Par arrêt du parlement de Dijon, fut le seigneur de La Chambre condamné, à faute de garantie, à 30,000 liv.; et, en cassant la quittance faite, condamné à payer pour les meubles maternels, 45,000 liv. »

» Vous voyez que cet arrêt n'a pas décidé, en thèse générale, qu'une décharge de compte pût être attaquée par un mineur, sans renonciation préalable à une donation proprement dite, dont elle forme la condition et le prix; et que si, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, le père a été condamné tout à la fois à executer la donation et à rendre compte, c'est parceque la donation qu'il avait

Digitized by Google

faite à sa fille, a été jugée n'en avoir que le nom; c'est parceque cette donation, ayant été faite en faveur du mariage de la fille, on a pensé que le père ne l'avait faite qu'à titre de Dot; et qu'étant, d'après les lois romaines observées dans la ci-devant Bourgogne, tenu de doter sa fille, il n'avait pas pu, en acquittant cette dette légale, en faire dépendre le paiement d'une condition prescrite par la loi.

» Mais pour prononcer ainsi, il a fallu aller plus loin: il a fallu juger, au moins implicitement, que, suivant les lois romaines, le père est obligé de doter sa fille, quoique d'ailleurs elle ait recueilli, du chef de sa mère ou de ses parens maternels, des biens suffisans pour se doter elle-même; et si tel était effectivement le vœu bien prononcé des lois romaines, nous ne balancerions pas à vous proposer la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui a jugé, au désavantage de la dame Possel, le contraire de ce que le parlement de Dijon avait jugé en faveur de la dame Montigny. Car, en matière de Dot, la jurisprudence belgique était, avant la publication du Code civil, asservie aux mêmes règles que la jurisprudence bourguignone. Dans les ci-devant provinces de Brabant et de Flandre, on jugeait, comme dans la ci-devant Bourgogne, que la fille avait une action contre son père, pour le contraindre à la doter; et l'on ne faisait à cet égard, dans celle-là comme dans celle-ci, qu'obéir aux lois romaines auxquelles les coutumes de ces pays se référaient expressément pour les cas qu'elles n'avaient pas prévus.

» Toute la difficulté dérive donc ici de ce qu'il n'est pas, à beaucoup près, constant que l'obligation imposée au père par les lois romaines, de doter sa fille, s'étendit jusqu'au cas où la fille avait de quoi se doter elle-même.

» Si telle est l'opinion d'un grand nombre d'auteurs, notamment de Gayl, liv. 2, n. 95; de Sichardus, sur la loi dernière, C. *de Dotis promissione;* de Bronchorst, liv. 3, assert. 14; de Voët, sur le Digeste, tit. *de jure Dotium*, n. 11; l'opinion contraire a aussi des partisans non moins nombreux, tels que Barthole, sur la loi 22, §. 4, D. *ad Senatus consultum trebellianum;* Alciat, sur la loi 1, D. *Soluto matrimonio;* Duaren, sur la même loi, chap. 3; Corasius, sur la loi 9, D. *de Ritu nuptiarum*, n. 52; Tulden, sur le Code, tit. *de Dotis promissione*, n. 7; et Vinnius, dans ses *Selectæ questiones juris*, liv. 2, chap. 14.

» D'où vient, sur cette question, une discordance aussi marquée entre les plus grands jurisconsultes? elle vient précisément de ce que cette question n'est décidée ni expressément ni implicitement par aucun texte du droit romain, et de ce qu'on n'argumente respectivement en faveur de l'une et de l'autre opinion, que de lois qui, ou sont absolument étrangères à la question, ou la laissent indécise.

» Qu'y a-t-il, en effet, de plus étranger à la question, que les lois qui, d'une part, décident que la fille opulente n'a pas moins droit que la fille pauvre à une légitime dans la succession de son père; et de l'autre, n'oblige le père de fournir des alimens à sa fille que dans le cas où elle n'a pas de quoi subvenir elle-même à sa propre subsistance? Il est évident que, ni la première, ni la seconde, ne peuvent être tirées à conséquence pour la Dot; puisque la Dot, quelqu'affinité qu'elle ait avec la légitime et les alimens, ne se régit cependant, ni par les mêmes principes que les alimens, ni par les mêmes principes que la légitime.

» D'un autre coté, la question ne reste-t-elle pas indécise, et par la loi dernière, C. *de Dotis promissione*, et par le chap. 5 de la novelle 97, c'est-à-dire, par les seuls textes que les sectateurs de l'opinion de Gayl et de Voët invoquent comme décisifs?

» D'abord, la loi dernière, C. *de Dotis promissione*, prévoit bien le cas où un père dote sa fille à laquelle il est précédemment échu des biens maternels; mais en prévoyant ce cas, elle ne décide nullement que le père soit, dans ce cas même, tenu de doter sa fille; elle décide seulement, que si de fait, il lui assigne une Dot purement et simplement, c'est sur ses propres biens que cette Dot doit être prise; et que s'il déclare la doter, tant sur ses propres biens, que sur les biens à elle advenus par le décès de sa mère, la Dot doit être prise, moitié sur les uns, et moitié sur les autres.

» Quant au chap. 5 de la novelle 97, voici l'espèce sur laquelle il prononce. Une fille non émancipée à laquelle son père a constitué en Dot une somme de 30 livres d'or, est devenue veuve: par là, elle gagne, sur la succession de son mari, 15 livres d'or qui lui sont payées à titre de donation à cause de noces ou d'augment; et le père, de son côté, reprend les 30 livres d'or qui ont formé la Dot de sa fille. Dans la suite, la fille se remarie; et alors s'élève la question de savoir si le père peut, en redotant sa fille, ne lui donner que la moitié de sa première Dot, c'est-à-dire, 15 livres d'or, attendu qu'elle possède déjà personnellement une pareille somme par gain de survie. Justinien répond qu'il ne le peut pas: *non justum existimavimus nos esse;* et que la fille doit être remariée comme jouissant de 45 livres d'or, savoir, 15 livres de son propre chef, et 30 livres que son père lui avait constituées lors de son premier mariage. — Mais de cette décision s'ensuit-il que, si, lors de son premier mariage, la fille eût déjà en de quoi se doter elle-même, le père n'en eût pas été moins obligé de lui fournir une Dot? non certainement. Pourquoi dans le cas proposé par la novelle, la fortune survenue à la fille ne dispense-t-elle pas le père de constituer à sa fille, en la remariant, la même Dot qu'il lui avait constituée lors de son premier mariage? Parceque la fille, en devenant veuve, n'avait pas perdu tous ses droits sur sa Dot. A la vérité, sa Dot avait été restituée à son père par droit de puissance paternelle; mais, comme le prouvent les lois 2, 3, 22, 34 et 37, D. *Soluto matrimonio*, le père n'avait pu la recevoir que du consentement de sa fille, consentement qui eût été bien superflu,

Digitized by Google

qu'il eût même été absurde d'exiger, si la fille n'eût pas conservé des droits sur sa Dot. Aussi le §. 2 de la loi 31 du titre cité décide-t-il que si, pendant le procès intenté par le père et la fille pour la restitution de la Dot, le père vient à mourir, la Dot devra, par suite du jugement qui interviendra, être restituée, non aux héritiers du père, mais à la fille.

» Le chap. 5 de la novelle 97 a donc pour motif un principe dont on ne peut tirer aucun argument pour notre question considérée en thèse générale. Notre question, considérée en thèse générale, n'est donc pas plus décidée par le chap. 5 de la novelle 97, qu'elle ne l'est par la loi dernière, *C. de Dotis promissione ;* et dès-là, de quelque manière qu'on la juge, il est impossible que la cassation atteigne le jugement qui l'aura jugée, soit pour, soit contre la fille.

» Ainsi, que le parlement de Dijon, dans l'espèce rapportée par Bouvot, ait envisagé la donation faite par le père à sa fille comme le paiement d'une dette légale, il en a été bien le maître. La diversité des opinions des jurisconsultes et le défaut de loi expresse lui laissaient, à cet égard, un plein pouvoir. Mais par la même raison, il a été bien libre aussi, dans notre espèce, à la cour d'appel de Bruxelles, de ne voir, dans la constitution dotale faite par le sieur Ottevaère à sa fille, qu'une pure libéralité ; et, par une conséquence nécessaire, d'appliquer à cette constitution dotale, la règle de l'ancien droit, que toute donation entre-vifs à laquelle a été apposée une condition impossible ou condamnée par la loi, est, par cela seul, nulle et sans effet.

» Mais au moins, dit-on, la cour d'appel de Bruxelles ne pouvait pas forcer la dame Possel de faire son option entre la constitution dotale et le reliquat du compte qu'elle a le droit d'exiger avant que ce reliquat lui fût connu. Pour opter entre deux choses, il faut les connaître toutes deux : or, la dame Possel ne connaîtra le reliquat du compte de sa tutelle que par la clôture de ce compte même ; elle ne peut donc pas opter actuellement entre ce reliquat et sa constitution dotale : et la contraindre dès à présent à cette option, c'est visiblement l'exposer au péril d'être lésée en cas que, par le résultat du compte à rendre, sa constitution dotale se trouve plus avantageuse que le reliquat de ce compte.

» Ce raisonnement, dont la conséquence serait, non pas que la cour d'appel de Bruxelles a violé une loi quelconque, mais qu'elle a peut-être mal jugé, ce raisonnement, disons-nous, ne porte que sur une fausse supposition.

» Par le contrat de mariage du 2 frimaire an 11, la dame Possel n'a pas reçu de son père un droit d'option entre sa constitution dotale et le reliquat de son compte de tutelle. Elle n'a reçu de lui qu'un droit d'option entre son action en reddition de compte et sa constitution dotale ; et la différence de l'un à l'autre est extrême.

» Si la dame Possel avait, d'après son contrat de mariage, le droit d'opter entre un reliquat de compte de tutelle et sa constitution dotale, elle pourrait dire qu'avant de faire son option, il faut qu'elle connaisse le montant du reliquat de compte de tutelle qui peut lui être dû ; et conséquemment qu'elle ne peut pas être tenue de renoncer à sa constitution dotale, tant que le reliquat du compte de tutelle n'est pas appuré et fixé.

» Mais la dame Possel n'a reçu sa constitution dotale qu'à la charge de ne pas demander le compte de tutelle dont la clôture pourrait seul lui faire connaître s'il lui est dû un reliquat, et quel en est le montant. Il ne lui a été conséquemment donné qu'un droit d'option entre la faculté de demander le compte de tutelle et sa constitution dotale. Elle ne peut donc pas, sans renoncer à sa constitution dotale, demander le compte de tutelle, puisque, par sa demande en compte de tutelle, elle jette son père dans des embarras, dans des recherches, dans des inquiétudes dont son père a voulu s'affranchir par la constitution dotale dont il l'a gratifiée ; puisque par-là elle rompt la promesse sur la foi de laquelle sa constitution dotale lui a été accordée ; puisque par-là elle remet les choses au même point que s'il n'y avait pas eu de traité entr'elle et son père ; et que bien sûrement, s'il n'y avait pas eu de traité entr'elle et son père, elle n'aurait point reçu de lui une constitution dotale.

» Il importerait peu, sans doute, sous le rapport de la cassation, qu'en jugeant ainsi, la cour d'appel de Bruxelles se fût écartée des décisions que l'on vous cite d'après Brodeau sur Loüet, lettre T, §. 3. Ces décisions, si elles sont exactement citées, ne sont pas des lois, ce sont de simples arrêts rendus sur des espèces particulières ; et jamais on n'a pu soutenir sérieusement qu'un arrêt dût être cassé sur le seul fondement qu'il n'a pas adopté la jurisprudence précédemment établie par d'autres arrêts. Mais il est aisé de faire voir que l'on n'a même pas ce reproche à faire à la cour d'appel de Bruxelles.

» D'abord, au lieu de deux arrêts que l'on vous cite comme ayant jugé la question, Brodeau n'en rapporte qu'un seul ; et voici ses termes : — « Il a été jugé qu'un mineur ayant, par transaction ou autre contrat, déchargé son tuteur de la reddition de compte, moyennant une somme de deniers par lui touchée, est restituable sans qu'il soit contraint de rendre ladite somme, laquelle le tuteur peut concher et employer en son compte : *frustrà enim tutor petit quod mox redditurus est ;* n'étant à présumer que le tuteur eût donné cette somme au mineur par la transaction, s'il ne se fût jugé débiteur et reconnu redevable de ladite somme ou autre plus grande, par arrêt infirmatif de la sentence du prevôt de Paris, et confirmatif de la sentence du... premier juge, du mardi de relevée 29 décembre 1609, plaidant Dolet et Lenoir. »

» Nous trouvons le même arrêt dans le commentaire de Mornac sur la loi 28, D. *de Minoribus ;* et il n'est pas inutile de remarquer qu'après avoir dit que la question avait singulièrement

Digitized by Google

partagé le barreau de Paris, à raison de l'opposition qui se trouvait entre l'équité qui parlait pour le mineur, et la règle générale d'après laquelle tout demandeur en rescision doit commencer par remettre les choses dans leur premier état, Mornac prête à cet arrêt le même motif que Brodeau, savoir, qu'il n'était pas à présumer que le tuteur eût mieux aimé donner une somme fixe d'argent, que de rendre compte, s'il n'eût bien su que, par le résultat de son compte, il se trouverait débiteur d'une somme plus forte : *Animadversa enim tutoris prior culpa est, eaque dolo proxima, in eo quod non rationes reddere malutisset, sed potius transigere, ne, ut erat verisimile, palàm nimis fieret quod minùs ex fide in bonis pupillaribus gesserat.*

» Du reste, par l'exposé de Mornac comme par celui de Brodeau, on voit que dans l'espèce de cet arrêt, ce n'était pas un père, mais un étranger, qui, ayant géré la tutelle d'un mineur, avait donné à celui-ci une somme d'argent pour se dispenser de lui rendre compte.

» Et il est bien sensible que l'on n'aurait pas pu appliquer à un père mariant sa fille, le motif qui a déterminé cet arrêt. Qu'un étranger comptable envers son pupille lui donne plus qu'il ne lui doit, cela est invraisemblable ; mais qu'un père, en mariant sa fille, exerce envers elle sa libéralité, alors même qu'il est son débiteur, et qu'il lui donne au-delà de ce qu'il serait tenu de lui payer, si le montant de sa dette était liquidé, rien de plus ordinaire, rien de plus conforme à la piété paternelle.

» A cette circonstance, qui prouve déjà que l'arrêt rapporté par Mornac et Brodeau ne contrarie nullement celui de la cour d'appel de Bruxelles que l'on vous dénonce en ce moment, vient se joindre une observation qui sort du propre texte de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, et qui seule suffirait pour le concilier avec celui du parlement de Paris, même dans le cas où l'arrêt du parlement de Paris eût été rendu contre un père.

» L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles décide-t-il que la dame Possel doit rendre le montant de sa constitution dotale avant de pouvoir agir en reddition de compte ? non ; il décide seulement que si la dame Possel veut agir en reddition de compte, elle doit préalablement renoncer à cette constitution. — De savoir si, après avoir renoncé à sa constitution dotale, elle pourra, avant d'en avoir restitué le montant, agir en reddition de compte, c'est une question sur laquelle l'arrêt ne dit ni *oui* ni *non* ; et l'on sent bien pourquoi il laisse cette question indécise : c'est parcequ'elle n'a pas été agitée au procès.

» Inutile d'objecter qu'en forçant la dame Possel de renoncer à sa constitution dotale pour pouvoir agir en reddition de compte, la cour d'appel de Bruxelles l'a implicitement forcée d'en rendre le montant à son père avant de pouvoir intenter sa demande.

» Cela serait bon, si le titre de sa constitution dotale anéanti par sa renonciation, la dame Possel n'avait pas d'autres titres pour prétendre à la jouissance provisoire des biens et de la somme qui formeut le montant de cette constitution. Mais pour prétendre à cette jouissance provisoire, la dame Possel a deux titres qui subsistent indépendamment de sa constitution dotale. Elle est héritière de sa mère, elle est héritière de son frère ; et à ce double titre, elle a sur les biens, ainsi que sur la somme qui lui ont été constitués en dot, des droits qui, quoique non encore liquidés, sont néanmoins très constans, et que son père lui-même reconnaît par le contrat de mariage du 2 frimaire an 11. Or, l'arrêt attaqué ne juge ni directement ni indirectement qu'à ce double titre, la dame Possel ne peut pas retenir provisoirement les biens et la somme qu'elle a reçus de son père ; il la laisse à cet égard maîtresse de former telle demande qu'elle jugera à propos.

» Dira-t-on maintenant que, du moins, par l'effet de la renonciation qu'on la force dès à présent de faire à sa constitution dotale, la dame Possel pourra être lésée ; et qu'elle le sera infailliblement si, de la clôture du compte de sa tutelle, il résulte que sa constitution dotale vaut mieux pour elle que le reliquat de ce compte ? Et conclura-t-on de là que l'arrêt de la cour de Bruxelles doit être cassé précisément parcequ'il expose la dame Possel au péril d'une lésion qui peut être très considérable, sans qu'elle ait aucun moyen de s'en garantir ?

» Mais prenons garde à une chose. La dame Possel, quoique devenue majeure depuis que le procès a été intenté, est toujours réputée mineure par rapport à son père, parceque son père ne lui a pas encore rendu son compte de tutelle. Or, il est de principe que tout mineur qui, pour rentrer dans un droit dont il s'était départi, en a abdiqué un autre qu'on lui avait conféré pour prix de son désistement, peut, si, en définitive, il trouve que son abdication lui est préjudiciable, la rétracter et laisser les choses dans l'état où les avait mises l'acte contre lequel il a indiscrètement réclamé, et qu'il est de son intérêt de maintenir. C'est ce que décide la loi 41, D. *de Minoribus*. Un mineur se croyant lésé par une vente qu'il a faite, et dont le prix est resté entre ses mains, se pourvoit en rescision contre l'acquéreur ; et il intervient un jugement qui condamne l'acquéreur à lui restituer les biens, comme il le condamne lui-même, suivant ses offres, à rendre le prix qu'il avait touché. Ce jugement prononcé, le mineur s'aperçoit qu'en réclamant contre la vente il a agi contre son propre intérêt ; et qu'il lui est plus avantageux de conserver l'argent de l'acquéreur, que de reprendre son bien. On demande s'il peut se refuser à l'exécution du jugement, si l'acquéreur peut l'y contraindre ? Et la loi répond qu'il est libre au mineur de s'en tenir au contrat ; que le bénéfice de la restitution en entier n'ayant été introduit qu'en sa faveur, il peut y renoncer ; et que l'acquéreur ne peut pas s'opposer à ce qu'il se replace dans sa première condition : *Judex circumvento in venditione adolescenti jussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hâc in integrum*

Digitized by Google

restitutione, pœnitentiâ actâ : exceptionem utilem adversùs petentem pretium, quasi ex causâ judicati, adolescens habere poterit ; quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. Nec queri poterit venditor (1), *si restitutus fuerit in eam causam in quâ se ipse constituit, et quam mutare non potuisset, si minor auxilium prætoris non implorasset.* — On peut, il est vrai, objecter contre la décision de cette loi, que la restitution en entier obtenue par le mineur a été de plein droit commune à son adversaire ; et que l'acquéreur une fois restitué contre l'acte de vente, le mineur ne peut plus faire revivre l'acte de vente à son préjudice. Mais, dit Godefroy sur cette loi même, la restitution de l'acquéreur n'a été qu'un accessoire de celle du mineur ; et le mineur renonçant à la sienne, celle de l'acquéreur ne peut plus subsister, parce-qu'il serait souverainement inique de faire tourner contre le mineur une restitution que l'acquéreur n'a obtenue que par son canal, et, en quelque sorte, par son aide. *Responderi potest hoc genus restitutionis consectarium, non primarium esse ; nec enim emptorem aliter restitui posse, quàm si ipse minor restitutus fuisset : emptorem denique restitutum esse ope et interventu minoris, et per consequentias tantùm ; proindè minore restitutionis beneficium impetratum abjiciente seu negligente, iniquum esse emptorem beneficio restitutionis uti in eum cujus ope restitutus sit.*

» Ce que cette loi décide pour la restitution en entier obtenue par un mineur contre une vente qui lui est avantageuse, le bon sens veut qu'on le décide également pour l'annullation de la clause du contrat de mariage du 2 frimaire an 11, qui, moyennant une constitution dotale, supposée avantageuse à la dame Possel, dispense le sieur Ottevaëre de rendre le compte de sa tutelle. Le sieur Ottevaëre ne peut pas plus attaquer cette clause de son propre chef, que l'acquéreur, dans l'espèce de la loi citée, ne peut, de son propre chef, attaquer la vente. Ainsi, de même que le mineur, dans l'espèce de cette loi, peut se désister, malgré l'acquéreur, de la restitution qu'il a obtenue contre la vente, et garder le prix qu'il a reçu ; de même aussi, la dame Possel pourra, si elle le juge convenable à ses intérêts, se désister, malgré son père, de l'annullation de la clause dont il s'agit, pour s'en tenir à sa constitution dotale.

» Et en dernière analyse, vous voyez, messieurs, que l'arrêt dont on vous demande la cassation, non seulement ne viole aucune loi, mais ne cause même à la dame Possel aucune espèce de préjudice. Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu, sans s'arrêter à l'incident élevé par le sieur Ottevaëre, de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende. »

Arrêt du 15 juillet 1807, au rapport de M. Doutrepont, par lequel, — « Attendu que la dame Possel était partie dans la cause, et que la demande qu'elle y avait formée avec son mari avait pour objet de faire condamner son père à lui rendre compte de sa tutelle ; — Attendu que la renonciation à une semblable action emporte aliénation d'une universalité de droits, — Et que la dame Possel n'avait pas puissance de faire une semblable aliénation sans l'autorisation de son mari ; — La cour rejette la fin de non recevoir ; — et sur le fond, considérant qu'en général on n'est pas recevable à demander la nullité des conditions d'une convention, sans demander la nullité de cette convention ; — Considérant qu'aucune loi antérieure au Code civil n'a décidé que le mineur serait excepté de cette règle, et qu'il pourrait demander la nullité de la décharge d'un compte de tutelle lorsqu'il laisserait subsister la Dot qui en aurait la condition et le prix ; et attendu qu'il s'ensuit que l'arrêt dénoncé, en déclarant quant à présent, d'après ce motif, la demande en nullité de ladite décharge, non recevable, n'a contrevenu à aucune loi ; — La cour rejette.... »]]

VIII. Lorsque le père et la mère ont doté conjointement et donné à leur fille un immeuble appartenant à la mère, Despeisses décide que toute la Dot doit s'imputer sur les biens de la mère, parceque si la mère ne dotait que pour moitié, le mari serait débiteur de sa femme pour l'autre moitié, et il se trouverait par-là avoir aliéné le fonds dotal : ce qu'il ne peut faire. Mais n'est-ce pas abuser de la lettre de la loi, et aller directement contre l'intention de la femme, qui n'a voulu doter que pour moitié ? Il semble qu'il faudrait dire, pour raisonner conséquemment, que la femme ayant payé moitié plus qu'elle ne devait, ce paiement est nul. Mais je crois que Despeisses s'est trompé quand il a dit que le mari aliénerait en ce cas le fonds dotal ; c'est la femme qui le donne elle-même en paiement pour acquitter sa dette et celle de son mari. Il y a une grande différence entre payer et s'obliger pour autrui ; les femmes sont relevées des obligations qu'elles contractent pour des étrangers, et ne le sont pas lorsqu'elles payent pour eux ; la femme qui a payé la dette de son mari, ne peut pas user du bénéfice du velleien : *Si prædia tua major viginti quinque annis vendidisti, et pro marito pecuniam solvisti, deficit auxilium senatus-consulti.* Loi 4, C. *ad senatus-consultum velleianum.*

Il est certain qu'une femme peut s'obliger au paiement de la Dot d'une étrangère (loi 25, C. *eod. tit.*) elle le peut à plus forte raison pour la Dot de sa fille : *Si filiam dotare volens genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium senatus consulti falsò putas. Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam prudentes viri putaverunt* (loi 12, C. *eod. tit.*)—Le fonds dotal est inaliénable, afin que le mari ne puisse pas dépouiller sa femme ; et qu'en cas qu'elle lui survive, elle puisse trouver plus facilement à contracter un autre mariage. Mais, lorsque la mère donne ce fonds en Dot à sa fille, elle l'emploie suivant la destination de la loi ; et l'alié-

(1) Ce mot *venditor* est ici employé pour *emptor*. *V.* la note de Godefroy sur ce texte.

Digitized by Google

nation qu'elle en fait, est d'autant plus favorable, que sa fille est plus propre à remplir le vœu du mariage et à donner de nouveaux citoyens à l'état. Si donc la femme peut s'obliger et payer pour son mari la Dot de sa fille, elle doit être remboursée des avances qu'elle a faites pour lui.

Quand la mère dote sa fille après la mort du père, la Dot doit s'imputer d'abord sur les biens paternels, parceque la mère n'est obligée de doter sa fille qu'autant qu'elle n'a pas de quoi se doter elle-même.

[C'est ce qui a été jugé par un arrêt du conseil souverain de Bruxelles du mois de novembre 1655. Une mère, après la mort de son mari, avait marié sa fille, et lui avait constitué en Dot une pension de 500 florins, sans désigner sur quels biens elle entendait en faire l'assiette. Mais il est à remarquer qu'elle avait, par son contrat de mariage, l'usufruit de tous les biens du père prédécédé. — Après sa mort, sa fille renonça à sa succession, qui, par ce moyen, passa tout entière sur la tête du seul frère qu'elle avait. — Question de savoir si la pension de 500 florins devait être prise sur les biens de la mère seulement, et si en conséquence la fille pouvait prétendre en outre la juste moitié des biens de son père? — On citait pour l'affirmative la loi dernière, *C. de Dotis promissione ;* mais on répondait que cette loi ne parlait que du père ; que l'on ne pouvait pas l'étendre à la mère ; que tel était l'avis de Costalius sur la loi 5, D. *de jure Dotium ;* que la mère était plutôt censée avoir doté comme tutrice, que de ses biens propres ; et que Puteus, décision 76, rapportait un arrêt qui l'avait ainsi jugé. — Par l'arrêt cité, il fut dit que la pension serait prise d'abord sur les biens du père, et que ceux de la mère n'en seraient tenus que subsidiairement. On assimila, dit Stockmans (*Décis. Brabantin*, §. 48), la mère au curateur étranger, dont parle la loi 43, §. 1, D. *de administratione et periculo Tutorum*, et qui, pour avoir constitué à sa mineure une dot excédant ses facultés, ne fut coudamné qu'à en faire valoir le déficit.

Stockmans nous a conservé une autre espèce dont les circonstances étaient toutes différentes, et qui par cette raison n'a pas été jugée de même. M. Asselier, conseiller et depuis chancelier de Brabant, avait constitué à sa fille une certaine somme d'argent en Dot. Lorsqu'il fut question de l'acquitter, il prétendit donner en paiement à son gendre des biens qui étaient échus à sa fille par la succession d'un oncle maternel. Mais, par arrêt de 1651, il fut condamné à payer la Dot de ses propres deniers ; et à laisser, en outre, jouir son gendre des biens sur lesquels il voulait l'assigner.]

En pays coutumier, la Dot qui est constituée par le survivant des conjoints, est toujours imputée jusqu'à due concurrence, sur la part de l'enfant dans la succession du prédecédé. On présume toujours qu'il a voulu payer ce qu'il devait avant d'être libéral. Quand le père et la mère dotent leur fille conjointement, sans spécifier quelle portion l'un et l'autre en doivent supporter, plusieurs auteurs ont pensé que le mari et la femme étaient obligés solidairement, le mari comme principal obligé, et la femme comme sa caution. Duperier décide même que la femme peut user du bénéfice du velleien, contre le texte exprès des lois 12 et 25, C. *ad senatus-consultum velleianum.*

Mais, suivant la novelle 99, il n'y a pas de solidité si elle n'est stipulée. La femme ne peut donc être obligée que pour moitié, *quia ubi partes non expressæ, sunt æquales ;* et elle l'est, non comme caution, mais comme débitrice principale ; car, quoiqu'elle ne soit pas obligée de donner une Dot à sa fille, c'est une libéralité de sa part, et on ne peut pas dire qu'elle fasse l'affaire d'autrui.

Lorsque plusieurs personnes sont en communante de tous leurs biens, comme cela se pratique en plusieurs provinces, les Dots des filles doivent être prises sur les biens de la communauté. *Idem maximus respondit si sociotatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogetur vel quæreretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinque imputanda.*

Dans une société de tous biens, on ne considère pas si l'un gagne plus que l'autre, ou s'il fait plus ou moins de dépense, tout est commun ; et, comme la Dot qu'un des associés acquiert devient commune, il faut aussi que la Dot qu'il est obligé de payer soit tirée du commun, y ayant identité de raison entre le gain et la perte. Enfin, comme les filles doivent être entretenues aux dépens de la communauté, elles doivent aussi y être dotées, l'argument des alimens à la Dot étant valable en droit, suivant Henrys, liv. 4, ch. 6, quest. 51.

En pays coutumier, lorsque le père parle seul, il est censé doter sur les biens de la communauté et non sur ses propres ; par-là, la femme qui accepte la communauté supporte la moitié des Dots, et est personnellement obligée au paiement jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle tire de la communauté ; si elle y renonce, elle ne doit rien.

Si la femme a parlé au contrat de mariage et a doté conjointement avec son mari, la Dot lui devient une dette personnelle pour moitié ; et elle est tenue d'acquitter cette moitié sur ses biens propres, quand elle renonce à la communauté.

[[Le Code Napoléon s'explique nettement sur cette matière. Voici ce qu'il porte, indépendamment des art. 1545 et 1546, transcrits ci-dessus, n. 6 :

« *Art.* 1438. Si le père et la mère ont doté conjointement l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la Dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux. — Au second cas, l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en Dot, a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour la moitié de ladite Dot, eu égard à la valeur de l'effet donné au temps de la donation.

« 1544. Si les père et mère constituent conjointement une Dot, sans distinguer la part de chacun, elle sera censée constituée par portions égales. — Si la Dot est constituée par le père seul pour droits paternels et maternels, la mère, quoique présente au contrat, ne sera point engagée; et la Dot demeurera en entier à la charge du père.]]

IX. La femme majeure peut se constituer en Dot tous ses biens présens et à venir; si elle s'est contentée de dire qu'elle apportait tous ses biens, il n'y a que ceux qu'elle possède au moment du mariage qui soient dotaux. — [[*Code Napoléon*, art. 1542.]]

X. Dans le cas d'une constitution dotale de tous biens présens et à venir, peut-on donner ou léguer quelque chose à la femme sous la condition que le mari n'en aura pas la jouissance? — On dit, pour la négative, que cette condition est en faveur de la femme, et qu'elle peut user de la faculté qui lui est accordée, ou n'en pas user, sans que cela porte atteinte aux legs; que le testateur ne peut pas régler la conduite du légataire ni lui prescrire une manière de jouir; qu'étant une fois propriétaire, il a la liberté de faire de la chose ce qui lui plaît; que la femme s'étant obligée, par son contrat de mariage, de laisser jouir son mari de tous ses biens, elle ne peut pas aller contre sa promesse, ni faire valoir contre lui la condition apposée à son legs; qu'il suffit que la chose léguée fasse partie des biens de la femme, pour que le mari en ait la jouissance; et qu'il n'est pas obligé de souscrire à une espèce d'interdiction prononcée contre lui par un homme dont il ne reçoit rien. — On dit, pour l'affirmative, que comme le testateur était maître de donner ou de ne pas donner, il était aussi maître d'imposer à sa libéralité la condition qu'il voulait; loin que cette condition soit contraire aux lois, on trouve dans le droit des exemples qui l'autorisent; en effet, les pères ont la jouissance des biens adventices de leurs enfans; cependant, on peut léguer aux enfans soumis à la puissance paternelle, sous la condition que le père n'en aura pas la jouissance, par la raison, dit Justinien dans la novelle 117, que les testateurs auraient pu léguer à des étrangers, et que par ce moyen les pères n'en auraient tiré aucun profit. La même raison peut s'appliquer au mari : la différence que le droit du père procède de la loi, et que celui du mari vient de la légataire, n'est pas considérable; car dans l'un et dans l'autre cas, c'est toujours la volonté du testateur qui fait la loi.

XI. La fille mineure ne peut se doter sans l'assistance de son curateur. Sa Dot doit être réglée suivant ses facultés et la condition du mari; si elle s'est constituée une Dot qui excède ses facultés, la promesse qu'elle a faite est nulle, quoiqu'elle ait été assistée de son curateur. Mais doit-elle être annullée pour le tout? Le jurisconsulte répond, *et utilius est dicere id quod superfluum est tantummodò infirmari.* Loi 61, D. *de jure Dotium.* Quel est ce superflu dont parle la loi? Est-ce seulement ce qui excède les facultés de la mineure? La constitution est-elle valable pour le surplus? Il en naîtrait un inconvénient bien considérable : le curateur serait maître dans les provinces où le mari gagne la Dot, de frustrer les parens de sa pupille de tout le droit qu'ils ont à prétendre dans sa succession.

Je crois que, si les biens de la mineure sont très considérables par rapport à sa qualité et à celle de son mari, elle ne peut pas les apporter tous en Dot; si elle l'a fait, elle doit être restreinte contre son contrat de mariage, et la Dot réduite *ad legitimum modum.* Le superflu dont parle la loi n'est pas ce qui excède les facultés de la mineure; mais ce à quoi elle devait s'obliger. C'est ce qui paraît par les termes de la loi : *an quod ampliùs promissum est quàm promitti oportuit infirmetur, et utilius est dicere id quod superfluum est tantummodò infirmari.* La mineure n'a pu s'obliger valablement qu'en gardant une proportion relative à ses facultés, à sa condition et à celle de son mari. *Quæro quantæ pecuniæ Dotem promittenti adultæ mulieri, curator consensum accommodare debeat? Respondi, modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est quòusque ratio patitur* (loi 60, D. *de jure Dotium*). *In dotis quoque modo subvenitur, si ultrà vires patrimonii, vel totum patrimonium circumscripta in Dotem dedit* (loi 9, §. 1, *et* loi 3, §. 5, D. *de Minoribus*).

Le curateur doit constituer en Dot les biens de sa mineure tels qu'ils sont. Il ne peut pas les vendre pour payer au mari la Dot en argent. Cependant la loi y met une exception : si le mariage est avantageux et que le mari exige absolument de l'argent, comme la prohibition d'aliéner n'est qu'en faveur des mineurs, et que si on l'exécutait à la rigueur, ce serait tourner contr'eux ce qui a été établi pour leur avantage, le curateur peut se faire autoriser par un avis de parens homologué par le juge, à vendre des biens de la mineure jusqu'à concurrence de sa Dot.

La femme mineure, encore qu'elle soit assistée de son curateur, ne peut pas, sans avis de parens homologué par le juge, se constituer en Dot des immeubles avec estimation, parceque l'estimation opère une vente des biens dotaux et en transfère la propriété au mari.

[[Tout cela est aujourd'hui changé. L'art. 1398 du Code Napoléon porte que « le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. »]]

XII. Lorsqu'une femme s'est mariée sans se constituer aucune Dot, tous ses biens sont-ils censés dotaux?

Les auteurs sont partagés sur cette question. Les uns ont tenu l'affirmative, pourvu que la femme ait laissé la jouissance de ses biens à son mari, et qu'il soit d'usage dans le pays que les femmes se marient

Digitized by Google

avec des Dots. Ils se sont fondés, 1°. sur le passage de Cicéron dans ses Topiques, que nous avons rapporté au commencement, qui dit que la femme en se mariant passe avec tous ses biens sous la puissance de son mari; 2°. sur ce que la Dot de la femme qui a fait divorce et retourne ensuite avec son mari, est rétablie de plein droit, quoique le divorce ait dissous le premier mariage; 3°. sur ce que la Dot est un accessoire du mariage, pour aider le mari à en supporter les charges; 4°. sur ce que la tradition fait présumer la constitution de Dot.

D'autres, guidés par un mouvement d'équité, ont décidé que les biens de la femme ne devaient être réputés dotaux que pour en laisser la jouissance au mari, et non pour lui en transmettre la propriété dans les pays où il gagne la Dot. Ils ont cru devoir donner une Dot à la femme et en frustrer le mari; et en cela leur raisonnement est inconséquent; le mari la doit gagner dans les pays où la loi lui accorde ce bénéfice, et leur décision n'a aucun fondement.

Mais la plus grande partie ont pensé que, lorsque la femme s'est mariée sans constitution de Dot, on n'en devait pas induire une tacite, par plusieurs raisons : — 1° La Dot est un contrat; or, les contrats sont de fait, et ont besoin d'être prouvés. — 2° Quoiqu'il n'y ait pas de Dot sans mariage, il peut y avoir des mariages sans Dot, et l'un n'est pas la conséquence nécessaire de l'autre. — 3° Suivant la loi 9, §. 2, *D. de jure Dotium*, on ne doit regarder comme biens dotaux que ceux qui sont expressément constitués : *Dotis autem causâ datâ accipere debemus ea quæ in Dotem dantur.* — 4° La jouissance que le mari a eue des biens de sa femme ne peut pas faire présumer la constitution tacite; parceque c'est une pure tolérance de la femme qui en laisse le gouvernement à son mari, et qu'elle peut lui en ôter l'administration quand il lui plaît.

Il est facile de réfuter les raisons de ceux qui admettent la constitution tacite. Nous avons déjà parlé de la différence qu'il y avait entre les mariages qui se contractaient chez les Romains, *per coemptionem*, et ceux qui avaient lieu *per usum*. Distinction qu'établit Cicéron dans l'endroit où ces auteurs invoquent son autorité, et qui sert à les réfuter eux-*mêmes*; car, suivant l'usage des pays de droit écrit, les femmes ne passent pas sous l'autorité de leur mari : elles ne peuvent donc pas être mises au rang de celles que Cicéron appelle *mères de famille*; mais bien de celles qui n'avaient que le titre d'*épouse*.

Il n'y a en droit aucun exemple de constitution tacite. Celui qu'on voudrait trouver dans le cas où la femme, après un divorce, retourne avec son mari, ne reçoit aucune application; car le divorce était odieux, et n'était toléré que comme un remède violent dans des maladies désespérées; il n'était pas étonnant qu'un homme et une femme qui se remettaient ensemble effaçassent jusqu'aux traces de leurs dissensions.

La loi 1, *C. de Dotis promissione*, déclare nulle la constitution de Dot dans laquelle la femme n'a pas spécifié les objets ou la quantité qu'elle se constituait. Peut-on dire que tous les biens de la femme seront dotaux quand elle aura gardé le silence; tandis que la constitution qu'elle aura faite sera nulle, quand elle ne se sera pas expliquée assez clairement?

Cette dernière opinion est confirmée par trois arrêts du parlement de Toulouse des 11 août 1615, 13 juillet 1619 et 6 juillet 1744. — Dans l'espèce de ce dernier arrêt, le nommé Rontavoulp étant sur le point d'épouser Catherine Sulgues, s'était constitué en Dot tous ses biens consistant en une somme d'argent, qu'il promit d'employer à la libération de ceux de sa future épouse; il fut stipulé une certaine somme à titre d'augment en faveur de sa future, qui de son côté fit une donation, en cas de survie, à Rontavoulp. Dans le même contrat, la mère de Catherine Sulgues avait fait douation à sa fille de certains biens, et lui restitua le fidéicommis dont elle avait été grevée en sa faveur par son mari; mais Catherine Sulgues ne se constitua pas en Dot les biens qui lui avaient été donnés ou restitués par sa mère. — Quelque temps après la célébration du mariage, Rontavoulp et sa femme vendirent à un nommé Robert une maison faisant partie des biens qui avaient été donnés et restitués à Catherine Sulgues. Rontavoulp fils, après la mort de son père et de sa mère, demanda la nullité de la vente, sur le fondement que la maison était un bien dotal; ayant été débouté de sa demande devant le premier juge, il en interjeta appel devant le sénéchal qui, en réformant la sentence du premier juge, cassa la vente, et condamna l'acquéreur à délaisser la maison, jugeant par-là que le contrat de mariage de Catherine Sulgues contenait une constitution tacite de Dot. — L'acquéreur interjeta appel de la sentence du sénéchal, et soutint que la maison n'était pas dotale; parcequ'il n'y avait aucune convention de Dot de la part de Catherine Sulgues, et qu'il n'y pouvait pas y avoir de Dot sans convention. — Rontavoulp prétendait au contraire qu'il y avait constitution de Dot de tous les biens donnés ou restitués à Catherine Sulgues par sa mère; parceque Rontavoulp père s'étant constitué tous ses biens, il fallait sous-entendre une constitution semblable de la part de Catherine Sulgues; que Rontavoulp père avait joui de tous les biens de sa femme tant que le mariage avait duré, et qu'il était intervenu dans le contrat de vente; ce qu'il n'aurait pas fait, si la maison n'avait pas été regardée comme dotale; que le contrat de mariage renfermait la stipulation d'un augment, ce qui supposait une Dot; enfin, que suivant l'usage de Rouergue, on considérait comme dotal tout ce qui était donné à la future épouse dans son contrat de mariage. — Malgré ces raisons et ces circonstances, l'arrêt réforma la sentence du sénéchal, et confirma la sentence du premier juge.

[[Remarquez cependant que, pour imprimer la qualité de dotaux aux biens qui composent l'apport d'une femme ou qui lui sont donnés par son contrat de mariage, il n'est pas nécessaire d'exprimer for-

Digitized by Google

mellement qu'ils sont constitués en Dot. Cela résulte de la loi 23, D. *de jure Dotium*. Aussi est-il attesté par un acte de notoriété des avocats au parlement de Bordeaux du 10 septembre 1772, que « l'on regarde comme dotal tout ce qui est donné à une femme en faveur et contemplation de son mariage, ou pour supporter les charges d'icelui, quand même la constitution ne serait pas expresse, et qu'on n'aurait employé ni le terme de *constitution* ni celui de *Dot*. » — Et l'art. 1541 du Code Napoléon confirme expressément cette jurisprudence : « Tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage, est dotal, s'il n'y a eu stipulation contraire. »

Au reste, avant le Code Napoléon, les constitutions de Dot implicites étaient admises dans la Provence; et l'on y regardait comme constitution implicite toute clause du contrat de mariage qui pouvait faire présumer, même légèrement, qu'elle avait été dans l'intention de la femme. Il y a plus : le bien qu'une femme s'était constitué implicitement en Dot était dotal, même à l'égard du tiers qui en traitait avec la femme, dans l'opinion que c'était un paraphernal. Cette jurisprudence avait même été confirmée par un arrêt de la cour de cassation du 7 floréal an 11. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 3, page 640.

XIII. Au surplus, depuis la publication du Code Napoléon, la constitution de Dot ne suffit plus pour rendre dotal le bien qui en est l'objet : il faut encore pour cela que les époux déclarent se marier sous le régime dotal. Sans cette déclaration, le bien constitué en Dot ne sera pour la femme qu'un simple apport. — « La simple stipulation que la femme se constitue, ou qu'il lui est constitué des biens en Dot, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard. La soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration faite par les époux, qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens. » Ce sont les termes de l'art. 1392 du Code Napoléon.

XIV. Une autre observation fort importante, c'est qu'il ne peut y avoir de dotaux, même par les stipulations les plus formelles, que les biens donnés à la femme ou apportés par elle dans son contrat de mariage. Car, dit l'art. 1542 du Code Napoléon, « la Dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. »

Ce n'est pas que les biens donnés à la femme après la célébration du mariage ne soient sa propriété exclusive, s'ils consistent en immeubles, et même quoiqu'ils consistent en effets mobiliers, dans le cas où il n'y a pas de communauté entre elle et son mari : mais ils ne sont pas *dotaux* dans le sens que la loi attache à ce mot; ou pour parler plus clairement, ils ne sont pas soumis au régime dotal; et par conséquent, ils ne jouissent pas du privilège d'inaliénabilité dont il sera parlé ci-après, §. 8.]]

[XV. Avant de terminer le paragraphe destiné à fixer *la nature de la Dot*, il faut dire un mot d'une question fort importante pour la Normandie. En quel cas, dans cette province, la Dot est-elle propre à la femme; en quel cas lui tient-elle lieu d'acquêt?

Pour résoudre cette question, il faut avoir une idée précise de ce que l'on entend par *biens dotaux* en Normandie. On répute tels, 1° les deniers et les héritages que les ascendans et les frères donnent en mariage à leurs filles, petites-filles ou sœurs; 2° les biens meubles qui échoient par succession aux femmes pendant le mariage; 3° les biens de la même nature qu'elles possèdent en se mariant, soit qu'ils proviennent de leurs économies, soit que des étrangers les leur aient donnés.

De ces trois espèces de biens, la première forme des propres; mais les deux autres ne forment que des acquêts, dans la personne de la femme.

Le premier membre de cette assertion est justifié par l'art. 511 de la coutume, qui porte : « deniers donnés pour mariage des filles par père, mère, aïeuls ou autres ascendans, ou par les frères, et destinés pour être leur Dot, sont réputés immeubles et propres à la fille, encore qu'ils ne soient employés ni consignés. »

Houard, dans son *Dictionnaire de droit normand*, fait dériver de cette disposition un arrêt du parlement de Rouen du 9 février 1750, dont voici l'espèce : Un frère ayant fait arbitrer le mariage de sa sœur, lui avait abandonné la jouissance de certains héritages, et lui avait en outre promis et payé une somme d'argent. Cette fille se maria plusieurs années après; et par le contrat de mariage, elle donna le tiers de ses biens à son mari. Lorsqu'elle fut décédée, le frère soutint que le mari devait lui restituer, outre les deux tiers des immeubles, les deux tiers de l'argent : et le mari y fut effectivement condamné par l'arrêt cité. *V. Don mobil.*

La coutume de Normandie ne s'explique pas aussi clairement en faveur du second membre de notre assertion. Elle dit simplement, art. 511, que *où autres personnes* que les ascendans et les frères *auraient donné deniers en faveur de mariage pour être convertis en héritages ou rentes au nom de ladite fille, ils seront pareillement réputés immeubles et tiennent nature d'acquêts en la personne de la fille.* — Ce texte ne dit rien, comme on le voit, des meubles qui sont échus par succession à la femme. Mais le parlement de Normandie y a suppléé par un règlement. Voici à quelle occasion il l'a porté.

Par contrat de mariage reconnu devant notaire le 7 août 1687, entre le sieur Le Gentil et la demoiselle Anne Le Canu, fille majeure, usant de ses droits, seule fille et héritière du sieur Nicolas Le Canu et de la dame Le Cointe, il avait été apporté par la future épouse 8,000 liv. en argent comptant, et d'autres effets qui, avec cette somme, formaient un capital de 12,000 livres. Cette demoiselle reconnaissait que c'était tout ce qui lui était échu, tant de la succession de feu son père, que de celle de Marthe Le Canu sa sœur, suivant le compte que sa

Digitized by Google

mère lui avait rendu et dont elle se tenait contente. — De ces 12,000 liv., 6,000 furent constituées en Dot pour tenir le nom, côté et ligne de la future épouse, et les autres 6,000 liv. furent données à titre de don mobil au sieur Le Gentil. — Après la mort de la dame Le Gentil, procès entre les sieurs Le Canu, ses héritiers aux propres paternels, et le sieur Le Cointe, son héritier aux propres maternels, meubles et acquêts. — Celui-ci soutenait que la Dot de 6,000 liv. ayant été composée de meubles qui provenaient de la succession du père et de celle de la sœur de la dame Le Gentil, ils devaient faire un acquêt dans son hérédité; et qu'ainsi cette somme lui était dévolue, à l'exclusion du sieur Le Canu. — Le bailliage de Rouen rejeta cette prétention; et par sentence du 24 mars 1719, adjugea la Dot aux sieurs Le Canu, comme héritiers aux propres paternels. — Sur l'appel, il intervint arrêt le 25 janvier 1721, par lequel la sentence fut infirmée, la totalité de la Dot adjugée au sieur Le Cointe, comme héritier aux acquêts, et ordonné, en faisant droit sur les conclusions de M. le procureur général, qu'en ce que la cour décidait touchant la nature de la Dot de la dame Le Gentil, l'arrêt servirait à l'avenir de règlement pour la province.

Cet arrêt a été suivi d'un autre du 28 avril 1735, dont l'annotateur de Basnage rapporte ainsi l'espèce (art. 390): « Un père, en mariant sa fille unique, lui donna 3,000 liv., dont 2,000 liv. furent constituées en Dot, et les 1,000 liv. restantes furent données au mari pour son don mobil; par le contrat de mariage, il fut aussi stipulé que, *le décès du père arrivant, les deux tiers de la valeur de ses meubles seraient remplacés par le mari pour tenir le nom, côté et ligne de la femme; et que l'autre tiers appartiendrait au mari, parceque cependant, en cas que le mari prédécédât sa femme, ce tiers reviendrait aussi à la femme.* Le père de la femme mourut le premier; ses meubles furent estimés à la somme de 9,074 liv.; le mari mourut ensuite avant sa femme. Les héritiers du mari cédèrent à cette femme des fonds de la succession pour la remplir de cette somme de 9,074 liv.; après la mort de la femme sans enfans, ses héritiers aux propres et ses héritiers aux acquêts réclamèrent ces fonds. Le vicomte les adjugea en totalité aux héritiers aux acquêts. Le bailli cassa la sentence du vicomte, et en adjugea les deux tiers à l'héritier aux propres, et l'autre tiers à l'héritier aux acquêts: par arrêt, la cour cassa la sentence du bailli, et confirma celle du vicomte, plaidans Mes Thouars et Falaize. — Cet arrêt est conforme à l'arrêt de règlement du 29 janvier 1721, qui décide que la Dot d'une fille est un acquêt, « en tant qu'il y a provenant des meubles échus à ladite fille de la succession de ses père et père et autres parens en ligne directe et collatérale. »]

[[Il n'y a plus de distinction entre les propres et les acquêts. *V. Biens*, §. 2.

Du reste, *V.* les deux nos précédens.]]

[§. III. *Quelle est la foi due au contrat de mariage sur la réalité ou la quotité de la Dot? Et y a-t-il d'autres moyens de prouver l'une ou l'autre?*

Sur ces deux questions, il y a différens cas à distinguer.

I. Il est certain que le contrat de mariage ne peut rien prouver, soit relativement à la quantité spécifique des biens compris dans une constitution générale de tous droits en Dot, soit relativement aux biens dotaux qui ne sont échus à la femme que postérieurement à la bénédiction nuptiale. Quel est donc, à cet égard, le genre de preuve que l'on peut employer utilement?

Il a été rendu, au parlement de Provence, plusieurs arrêts sur cette matière. Un des plus intéressans est celui du 23 juin 1664, que l'on trouve dans la collection de Boniface, tome 1, livre 6, tit. 9, chap. 1.

En 1625, contrat de mariage entre Mathieu Borrel et Magdeleine Sanse. Celle-ci se constitue en Dot tous ses biens présens et à venir. — Le 23 février 1656, Catherine Farendes, tante de Magdeleine Sanse, lui donne en augmentation de Dot, par acte passé devant notaires, une somme de 600 livres, réellement numérée, comptée au mari et reconnue par lui. — Question de savoir si Antoine Surian, créancier du mari, postérieur au mariage, mais antérieur à l'acte du 23 février 1656, peut, sans preuve particulière, arguer de fraude la reconnaissance contenue dans cet acte, et s'il peut obliger la femme à en prouver autrement la sincérité.

La cause portée à la grand'chambre, on citait en faveur de Surian, Covarruvias, en ses *Commentaria juris civilis*, liv. 8, tit. 8; le président Favre, en son Code, titre *de Dote cautâ*, def. 1, 2 et 3; et Coquille, ch. 120 de ses *Réponses*; et l'on concluait de ces autorités, que, dans les cas de constitutions générales, c'est à la femme à prouver la numération réelle, et que la confession du mari ne suffit pas pour opérer cette preuve.

Voici, mot pour mot, ce que l'on répondait pour la femme: — « S'il s'agissait d'une confession ou reconnaissance faite par le mari, d'une Dot, sans expression de réelle numération, et qui n'eût autre preuve que la déclaration du mari, que les docteurs appellent *Dotem confessatam, non numeratam*, on accorde que cette confession simple ne préjudicierait point aux créanciers du mari, et que ce serait à la femme à prouver l'expédition, pour purger le soupçon de fraude; mais il n'y a rien qui fasse mieux cesser ce soupçon, aux reconnaissances faites en conséquence d'une constitution générale, que l'expression et la déclaration de la cause et origine des deniers que le mari confesse avoir reçus; la simple confession du mari, d'avoir reçu une somme d'argent de sa femme, étant incomparablement plus suspecte, que quand il confesse l'avoir reçue d'une autre personne, d'autant que la donation entre le mari et la femme étant interdite, la fraude est facilement présumée entre le mari et la femme,

Digitized by Google

suivant la maxime des docteurs, *qui non potest donare, non potest confiteri,* (distinction qui est reconnue et confirmée par Covarruvias, *variarum resolutionum, lib.* 1, *cap.* 7, n. 6). — La présomption de fraude doit encore mieux cesser, quand la confession est faite dans une quittance publique, avec une réelle numération, attestée par un notaire, assiste de deux témoins, et contre laquelle on ne sanrait venir que par la voie d'inscription en faux.... — Covarruvias (que l'on nous oppose) tient absolument, chap. 7, n. 6, que la reelle numeration fait cesser la difficulté de la question indistinctement; et, qui plus est, il ajoute qu'un seul témoin atteste la reelle numération, et ici elle se trouve attestée par le notaire et deux témoins. — Il en est de même de Favre, qui parle bien de la difference entre l'intérêt du mari et celui des créanciers, de même que Covarruvias, mais nullement de la distinction de la Dot générale de tous droits, et la particulière d'une somme certaine, quand la confession contient aussi reelle numération; et au contraire, cet auteur, tout au commencement de la première décision, dit que la reelle numeration fait cesser le soupçon et la dispute. Coquille est aussi allegue vainement, parceque les premiers mots de son discours font voir qu'il en parle selon l'esprit de la coutume de Nivernais, par laquelle tous contrats entre gens mariés, au profit l'un de l'autre, sont defendus pendant le mariage : outre qu'il ne parle point de la reelle numeration; tout ce qu'il en dit est que quand elle est prouvée, la reconnaissance est bonne; et la preuve n'en peut pas être plus légitime, selon les maximes de ce royaume, que quand elle est..... attestée dans un acte public... »

Sur ces raisons, l'arrêt cité a confirmé la sentence du premier juge qui avait prononcé en faveur de la femme.

M. de Bésieux, liv. 5, chap. 4, §. 8, nous a conservé un arrêt semblable, du 16 juin 1703 : « La cour, dit-il, entretint une reconnaissance de 700 livres, faite par un berger d'Aiguyères à sa femme, un mois après son mariage, lors de laquelle ce mari n'avait point de créanciers, n'ayant contracte des dettes que huit ans après. *L'acte portait réelle numération.* » On opposait cependant que la femme ne pouvait pas, vu sa qualité, avoir eu une si forte Dot; elle n'avait porté dans son contrat que 300 liv., et il n'était pas vraisemblable qu'elle eût reçu 700 livres de plus après son mariage, puisqu'il ne paraissait pas qu'elle eût recueilli aucune succession, ni profité d'aucune libéralite partieulière. Mais ces considérations ne purent l'emporter sur la foi due à l'acte.

A plus forte raison en serait-il de même, si la numeration reelle n'était contestée que par le mari qui l'a reconnue.

Le sieur Cameau avait épousé la demoiselle Duchesne, sans autre Dot que deux maisons et 600 liv. d'effets et hardes. Un an après le mariage, le sieur Cameau reconnut qu'il avait reçu de son beau-père 1,500 livres *réellement,* en augmentation de Dot. Dix ans après, il reconnut encore, par compte arrête avec son beau-père, avoir reçu pour lui, de differens debiteurs, une somme de 1,800 liv., qu'il déclara tenir aussi en augmentation de Dot. — Devenu dissipateur, le sieur Cameau fit craindre pour la Dot de sa femme. Elle se pourvut en séparation, et fit condamner son mari à lui rendre tout ce qu'il avait reconnu tenir d'elle à titre de constitution et d'augmentation de Dot. — Le sieur Cameau appela de cette sentence, et obtint des lettres de reseision contre ses deux reconnaissances postérieures au mariage. Il disait « qu'ayant ete passees pour des sommes qui n'avaient pas été constituees en Dot, ce n'etaient que des donations entre mariés, prohibees par le droit et révocables pendant la vie, d'autant qu'il n'avait jamais rien retiré. » Il ajoutait que la declaration d'avoir reçu réellement ne pouvait pas faire preuve, parceque, *qui non potest donare, non potest confiteri.* — La femme se bornait à repondre que si l'expression de la reelle numération, attestée par les notaires et les témoins », faisait foi jusqu'à inscription en faux. — Par arrêt rendu en la grand'chambre du parlement de Provence, le 7 decembre 1657, sans avoir égard aux lettres de reseision, l'appellation fut mise au néant, et la sentence confirmée. (Boniface, *loc. cit.*)

On vient de voir Covarruvias et Favre établir qu'il en doit être autrement, lorsque la reconnaissance du mari n'annonce pas une numération réelle; c'est en effet ce qu'ont jugé differens arrêts.

En 1595, Anne Escoulan, épouse Rigaud Vermine, en se constituant tous ses droits venus et à venir. — En 1627, Rigaud Vermine reconnait avoir reçu de sa femme une somme de 1,200 livres, provenant de la succession du capitaine Medestre Escoulan, son père, tué en 1595, au siège de Sallon. L'acte énonçait que cette succession consistait en argent, chevaux, mulets, armes et contributions sur les communautés. — Après la mort du mari, tous ses biens sont discutés; et, par sentence, la veuve est colloquée en ordre d'hypothèque, pour les 1,200 liv. dont on vient de parler. — Appel par l'un des créanciers; et, par arrêt du parlement de Provence, rendu en la grand'chambre le 10 novembre 1638, la cour, en infirmant la sentence, « avant faire droit, ordonna qu'Anne Escoulan verifierait, par toutes sortes et manières de preuves, que Medestre Escoulan, son père, avait delaisse, lors de son décès, lesdits chevaux, mulets et armes, et que le tout avait été vendu, et le prix retiré par Vermine, son mari, et ce, dans le mois précisement; dans lequel temps elle ferait apparoir des paiemens faits audit Vermine par les communautés, des prétendues contributions dues audit Escoulan; autrement, et à faute de ce faire, cassa la reconnaissance; et au moyen de ce, debouta Anne Escoulan de la demande des sommes de ladite reconnaissance; et à ces fins, ordonna qu'elle remettrait dans la masse de la discussion les biens par elle pris en collocation, avec restitution des fruits, du jour de la demande. »

Digitized by Google

Cet arrêt est rapporté par Boniface, dans le chapitre déjà cité; et, comme l'observe très bien cet auteur, « il confirme la maxime que, quand la constitution de Dot est générale, et que la reconnaissance on confession du mari ne contient pas réellement la réelle numération, la femme doit prouver la reception du mari autrement que par sa confession. »

Le Recueil de M. de Bésieux, à l'endroit indiqué ci-dessus, nous fournit un autre arrêt de la même cour, du 15 mars 1644, qui décide pareillement « que la reconnaissance ne contenant point la réelle numération, mais seulement que l'argent a été reçu par ci-devant, la femme doit prouver qu'il est parvenu au mari. »

La Peyrère et ses annotateurs, lettre D, n. 122, nous ont conservé deux arrêts semblables du parlement de Bordeaux : par le premier, rendu le 28 mars 1667, il fut jugé qu'il ne résultait pour la femme aucune preuve d'une reconnaissance que son mari lui avait faite *après la saisie de ses biens*, et deux jours avant sa mort. La femme fut seulement admise à prouver la sincérité de cette reconnaissance.

Le second arrêt est du 9 juin 1693. La femme du nommé Larose s'était constituée vaguement tous ses droits en Dot. Quelque temps après, son mari reconnut avoir reçu d'elle 3,000 livres. A sa mort, procès entre ses enfans, héritiers de leur mère, et la dame de Gillet, sa créancière par contrat postérieur de 15 ou 16 ans à cette reconnaissance. Par l'arrêt, il fut décidé que la reconnaissance ne faisait pas preuve contre la dame de Gillet.

Dans les différens cas sur lesquels ces arrêts ont prononcé, il n'y avait de contestation qu'entre la femme et les créanciers du mari. Mais que faudrait-il décider si le mari, laissant une succession opulente, ses héritiers contestaient à la femme le droit de reprendre comme dotales, des sommes qu'il a reconnu lui avoir été données en augmentation de Dot, sans néanmoins faire mention de la numération réelle?

Suivant les principes reçus dans les pays de droit écrit, où les avantages directs ou indirects entre conjoints sont confirmés par la mort du donateur, il semble que les héritiers ne seraient pas recevables à contester la réception de la Dot, parcequ'en supposant la reconnaissance du mari simulée, il resterait toujours que celui-ci a voulu gratifier sa femme, qu'il a pu le faire, et qu'il l'a fait réellement, puisqu'il est mort sans avoir révoqué sa déclaration.

Il n'y aurait en effet aucune difficulté là-dessus, s'il était toujours bien constant que l'intention du mari, en donnant une reconnaissance simulée, a été d'avantager sa femme. Mais en combien de circonstances cette intention est elle équivoque ou incertaine? Souvent on signe une quittance sans avoir rien reçu, parceque l'on espère recevoir le même jour ou le lendemain; quelquefois aussi on le fait pour se donner un air d'opulence. Il peut encore arriver qu'un mari se porte à cette complaisance pour les parens de sa femme, par la promesse qu'ils lui font de ne faire aucun usage de sa quittance. Enfin, pour établir une donation tacite, il faut que le fait dont on prétend la faire sortir ne puisse pas être présenté sous deux faces: dès qu'il y a de l'équivoque ou de l'incertitude, la présomption est qu'il n'y a pas de donation. — Aussi voyons-nous que chez les Romains même, les héritiers du mari étaient, aussi-bien que lui, reçus à opposer l'exception *non numeratæ Dotis*. Cela est prouvé très clairement par le chap. 2 de la novelle 100.

C'est sur ces principes qu'a été rendu au parlement de Paris un arrêt dont Pothier nous a conservé l'espèce dans son *Traité des Donations entre mari et femme*, chapitre préliminaire, art. 1, n. 6. Voici ses termes : — « Un mari, dans la vue d'avantager sa femme, lui avait donné quittance d'une certaine somme, pour augmentation de Dot, sans l'avoir reçue. La femme, après la mort de son mari, demanda cette somme. Elle convenait bien que son mari ne l'avait pas reçue, et que la quittance que son mari lui en avait donnée était un avantage qu'il avait voulu lui faire; mais elle soutenait que cet avantage était valable, ayant été confirmé par la mort de son mari qui était décédé sans avoir, à cet égard, changé de volonté. Le premier juge l'avait jugé ainsi : par arrêt rendu en la troisième chambre des enquêtes, au mois d'août dernier (1), la sentence a été infirmée, et il a été donné congé de la demande de la femme. »

Et il ne faut pas croire, avec Pothier, que l'on eût jugé autrement à Toulouse, à Bordeaux, à Aix ou à Grenoble. A la vérité, on y tient pour maxime que l'art. 3 de l'ordonnance de 1731 n'a pas dérogé aux principes du droit romain, qui confirment les donations entre mari et femme, lorsque le donateur est mort sans avoir changé de volonté; mais cette maxime ne doit-elle pas avoir également lieu dans les provinces de droit écrit qui ressortissent au parlement de Paris; et comment Pothier fera-t-il croire que l'arrêt dont il rapporte les circonstances a jugé le contraire? L'art. 3 de l'ordonnance de 1731 ne parle que de donations entre étrangers; et l'étendre à celles entre mari et femme, ce serait contrevenir directement à l'art. 46 de la même loi, qui porte: « N'entendons comprendre dans les dispositions de la présente ordonnance, ce qui concerne les dons mutuels et autres donations faites entre mari et femmes, autrement que par contrat de mariage, à l'égard de toutes lesquelles donations il ne sera rien innové, jusqu'à ce qu'il y ait été autrement par nous pourvu. »] — [[L'arrêt dont il s'agit ne peut donc avoir jugé qu'un seul point, savoir, que le mari n'était pas suffisamment présumé avoir voulu gratifier sa femme du montant de la quittance qu'il avait souscrite sans avoir rien reçu.]]

[Ce qu'a jugé l'arrêt dont nous venons de rendre compte, on conçoit bien qu'il faudrait, à plus forte

(1) Il paraît que Pothier écrivait ceci en 1770. Ainsi l'arrêt dont il s'agit doit avoir été rendu au mois d'août 1769.

Digitized by Google

raison, le juger de même dans les pays où la prohibition des avantages entre conjoints est absolue et illimitée.

Et c'est ce qui résulte très positivement d'un arrêt du parlement de Normandie, du 20 décembre 1730, que l'annotateur de Basnage, art. 410, rapporte en ces termes : « Le sieur Le Breton signa un contrat de mariage avec la demoiselle Pigeon, au mois de janvier 1720; le 16 de juillet suivant, il signa un autre contrat qui portait qu'une tante de la demoiselle Pigeon lui donnait, à la vue des notaires, 3,000 livres en billets de banque, pour augmentation de Dot; et que ladite demoiselle Pigeon, après les avoir reçus, les avait remis aux mains dudit sieur Breton. Le sieur de Longueville, négociant à Granville, *son héritier*, demanda que la dame veuve Le Breton prêtât serment sur la sincerité de cette donation : ce que ladite dame veuve Le Breton ayant refusé, elle fut condamnée par l'arrêt. »]

[[Aujourd'hui les avantages entre mari et femme sont permis dans toute la France, comme ils l'étaient dans le droit romain, c'est-à-dire, qu'ils ne deviennent irrevocables que par la mort de l'épouse du donateur. *V. Avantages entre conjoints.* Mais on n'en doit pas moins aujourd'hui juger dans toute la France, comme l'a fait l'arrêt du parlement de Paris, rapporté ci-dessus d'après Pothier.]]

[II. Après avoir parlé du cas où ni la réalité ni la quotité de la Dot ne sont prouvés par le contrat de mariage, il faut passer à celui où le contrat de mariage fixe et determine l'une et l'autre.

Mais ce cas peut et doit même être sous-divisé en plusieurs. — Ou le contrat de mariage a été passé devant notaires, ou il est sous seing-privé. — Ou il porte la quittance de la Dot, ou il ne la porte pas. — Dans ce dernier cas, ou il existe une quittance séparée de la Dot, ou il n'en existe pas. — Ou la quittance, lorsqu'il en existe une, énonce la numeration réelle des deniers dotaux, ou elle n'en fait pas mention. — Enfin, ou elle a été donnée pardevant notaires, ou elle est sous seing-privé.

Il y a, sous chacune de ces cinq alternatives différentes, des principes et des arrêts qu'il est essentiel de connaître.

III. La question de savoir si les contrats de mariage sous seing-privé sont valables, est traitée particulièrement sous le mot *Contrat de mariage*, §. 1. Nous n'avons à parler ici que de la foi qu'ils méritent par rapport à la Dot.

Basnage nous retrace sur ce point un arrêt du parlement de Normandie, du 2 juillet 1677. Marguerin Blouet, par son contrat de mariage avec Barbe Roussin, fait sous seing-privé en 1652, et reconnu seulement en 1662, déclara avoir reçu d'elle plusieurs meubles d'une valeur considérable, pour lesquels il lui constitua 150 liv. de rente viagère qui lui tiendrait nature de Dot. Après la mort du mari, Thomas Blouet son frère et son héritier bénéficiaire, prétendit que cette femme n'avait rien apporté au défunt. La veuve fut reçue par le juge de Coutance à faire preuve d'un apport réel et effectif. Mais, le frère en ayant appelé, l'arrêt infirma la sentence et débouta la veuve de la preuve qu'elle voulait faire. — « Toutes les circonstances particulières du fait, dit Basnage, étaient fort desavantageuses à cette veuve; elle n'avait aucun bien; la reconnaissance du contrat de mariage était postérieure de dix années à la célébration du mariage, et les clauses de ce contrat marquaient visiblement le dessein du mari de faire avantage à sa femme; c'est pourquoi l'on ne peut pas induire de cet arrêt que pour faire valoir la réception de la confession de la Dot, il soit nécessaire que le contrat de mariage ait été reconnu avant la célébration; car, s'il était signé des parens, quoiqu'il fût sous signature privée, il faudrait y ajouter foi. »

Et encore remarquons-nous que par un autre arrêt du 17 juin 1689, le parlement de Normandie a jugé qu'un contrat de mariage auquel aucun parent des conjoints n'était intervenu, et qui n'avait été reconnu par-devant notaires que dix-huit jours avant la mort du mari, faisait pleine foi de ce qu'il énonçait par rapport à la quotité de la Dot. Il y avait cependant de très fortes présomptions de fraude. 1°. La femme n'avait aucun bien, soit du côté de son père, soit du chef de sa mère. 2°. Il était dit, par le contrat de mariage, qu'en cas de prédecès de cette femme, son mari ne serait tenu de rendre à ses ayant-cause que la moitié de sa Dot; ce qui pouvait faire croire qu'il n'avait rien reçu, et qu'il ne voulait donner qu'au préjudice de ses propres heritiers. 3°. La femme avait transigé après la dissolution du mariage; elle avait, par la transaction, relâché une partie de ses prétendus deniers dotaux; et cette transaction, elle l'avait exécutée pendant huit à neuf ans. — Malgré tout cela, les lettres de rescision qu'elle avait prises contre cet acte, sous prétexte d'erreur et de surprise, furent entérinées par sentence du bailliage de Rouen, et cette sentence fut confirmée par l'arrêt cité.

Basnage trouve cet arrêt singulier, et ce n'est pas sans raison. Les présomptions, dit-il, étaient violentes contre la femme; cependant, sans la transaction, elles auraient dû céder à la force de l'acte, et les héritiers auraient dû être déclarés non recevables. « Mais, quand il y a lieu de présumer un avantage indirect de la part du mari....., en ce cas, il me paraitrait raisonnable de confirmer la transaction, parcequ'apparemment la femme n'a fait cette remise que par un motif de conscience. »

Peut-être néanmoins la veuve était-elle mineure; peut-être aussi y avait-il, dans l'espèce, quelques faits de dol ou de surprise à reprocher aux héritiers du mari : disons même qu'il faut bien supposer l'un ou l'autre, pour rendre l'arrêt tant soit peu soutenable. Car comment rescinder une transaction signée par un majeur, et qui n'a pas été preparée par des manœuvres frauduleuses?

IV. Lorsque le contrat de mariage porte quittance de la Dot, il fait régulièrement pleine preuve du paiement qu'il énonce en avoir été fait, soit par la femme, soit par celui qui l'a dotée.

Digitized by Google

Il y a là dessus plusieurs arrêts du parlement de Normandie.

Odo Blancard ayant quatre filles d'un premier mariage, épousa en secondes noces Jeanne Miseray; et, par le contrat de mariage, il reconnut qu'elle apportait des meubles et des grains sur pied, estimes entre eux à 800 livres. Le mariage ne dura que deux ans, et il n'en resta point d'enfans. Les filles, héritières de leur père, soutinrent que les 800 livres n'étaient pas dues à la femme; que c'était à son égard *Dos cauta*, *sed non numerata*; que ses meubles ne valaient pas 200 livres; qu'il n'en avait point été fait d'inventaire ni de prisee; qu'il serait aise par cette voie d'avantager une seconde femme au préjudice des enfans d'un premier lit. La veuve répondait qu'elle avait apporté tous ses meubles; que le mari s'était contenté de l'estimation et de la livraison qu'elle lui en avait faite; que son contrat de mariage ayant été passé en présence de deux des gendres, ils n'étaient pas recevables à le contester. Par arrêt du 4 mars 1634, les 800 livres furent adjugées à la femme.

Antoine de La Luzerne, seigneur de Brevant, avait reconnu, par son contrat de mariage, avoir reçu en argent, de sa femme, la somme de 80,000 liv.; et en même temps, un des fils qui lui étaient restés d'un premier lit avait épousé une nièce de cette dame, qui lui avait donné 50,000 liv. comptant. Après la mort du sieur de La Luzerne, ses enfans firent une transaction avec leur belle-mère pour tous ses droits; mais quelque temps après, ils prirent des lettres de rescision, alléguant qu'ils avaient été trompés, faute de savoir l'état des choses. Ils disaient qu'il était absolument impossible que la veuve de La Luzerne eût apporté une pareille somme à leur père; que lors d'un premier mariage qu'elle avait contracté, elle n'avait en en dot que 1500 liv. de rente; qu'à la dissolution de ce mariage, elle avait renoncé à la succession de son mari; qu'à la vérité, elle avait eu un douaire de 5,000 liv. de rente, mais qu'elle n'était demeurée veuve que dix-huit mois; qu'il était donc contre toute vraisemblance qu'elle eût pu avoir 80,000 liv. lorsqu'elle s'était remariée; que c'était pour cette raison que, quoique domiciliée dans le bailliage de Cotentin, elle avait été passer son contrat de mariage en la vicomté de Bayeux, devant des notaires qui étaient à sa dévotion; qu'enfin elle s'était épuisée par la donation de 50,000 liv. qu'elle avait actuellement payées à sa nièce. — Basnage, qui défendait la veuve, répondait que, si l'on avait égard à la prétendue impossibilité dont se prévalaient les enfans du sieur de La Luzerne, elle prouverait plus qu'ils ne voulaient; en effet, suivant leurs discours, elle n'aurait pu donner à sa nièce 50,000 liv., et cependant ils convenaient que le paiement en avait été fait: or, il n'était pas vraisemblable que cette femme, étant sur le point de se remarier, eût fait un present si considerable à sa nièce, et se fût dépouillée de tout son bien, au lieu de le conserver aux enfans qui pouvaient naître de son mariage. — Par arrêt du mois de mars 1671, les lettres de rescision furent rejetées, et les sieurs de La Luzerne condamnés aux dépens.

L'arrêt suivant est le plus remarquable de tous. Ne perdons pas les termes dans lesquels Basnage le rapporte: « Un gentilhomme âgé de soixante-douze ans épousa une jeune fille, et reconnut avoir reçu une grosse somme; il mourut quinze jours après, et on ne lui trouva aucuns deniers: ses héritiers voulaient prouver qu'il n'avait rien reçu, et que la frande était apparente, vu qu'un vieillard épousait une jeune demoiselle dont le père n'avait point de biens, et qui n'avait pu donner une somme si considérable; les héritiers furent déclarés non-recevables. »

On trouve dans le Recueil de M. de Catellau, livre 4, chap. 46, un arrêt du parlement de Toulouse de 1698, qui, dans une circonstance particulière, c'est-à-dire, dans un cas où il y avait plus de dix ans que le contrat de mariage, portant quittance de Dot, avait été passé, a jugé que l'exception *non numeratæ Dotis* n'était pas recevable de la part des héritiers du mari. Voici les termes de ce magistrat: « Une femme constitue à son mari des bestiaux, par elle baillés à gazaille à plusieurs, que le mari tient pour reçus, estimés à la somme de 8,000 liv. Le mariage ayant duré dix ans, et la femme étant morte, les héritiers du mari dirent que la quantité des bestiaux que la femme avait lors du contrat de mariage n'était pas telle qu'elle l'avait enoncée, comme ils prétendaient prouver par les contrats de gazaille. Par fins de non-recevoir, les héritiers de sa femme gagnèrent leur procès, et les héritiers du mari furent condamnés à payer les 8,000 liv., par cette raison que pour ces sortes de choses qu'on ne peut bailler comptant, l'énumération qui en est faite, et la déclaration du mari dans le contrat de mariage qu'il les tient pour reçues, suffit, et qu'après dix ans le mari ou ses héritiers ne peuvent se plaindre que cette énumération n'a pas été fidèle; comme, après dix ans, à compter de la quittance portant reelle numération d'une Dot constituée en argent, le mari ne peut pas se plaindre de la non-reelle numération, suivant la novelle 100. »

Le parlement de Bordeaux a été plus loin encore dans une espèce qui nous est retracée par La Peyrere, lettre D, n. 121, edition de 1725: « Il a été jugé (dit-il) par arrêt du 30 avril 1671, en infirmant l'appointement du sénéchal de Perigueux, que le sieur de Bonchera ayant déclare par son contrat de mariage, contenant une constitution de Dot de 20,000 liv. à lui faite par le sieur de Lardimarie pour sa sœur, être payé comptant de 15,000 liv. en espèces désignées, n'était pas recevable à déferer le serment au sieur de Lardimarie, qu'il n'avait payé que 5,000 liv.; et sur la délation de serment, les parties furent mises hors de cour. »

Le parlement de Normandie avait précédemment jugé quelque chose de semblable, par un arrêt du 22 fevrier 1655, dont nous rendrons compte ci-après; et en cela, il ne faisait que se conformer à

Digitized by Google

la décision expresse de la loi 14, §. 3, C. *de non numerată pecuniâ*. Mais depuis il a cru que c'était porter trop loin la foi due aux actes; et il a trouvé plus raisonnable de s'en tenir rigoureusement à la maxime, *manifestæ turpitudinis est nolle nec jurare nec juramentum referre*. C'est ce qu'a jugé très précisément un arrêt du 20 décembre 1730, que nous avons rapporté ci-devant. Il y en a un autre du 13 mars 1742, qui a jugé, plaidant le célèbre Thouars, que les héritiers du mari sont recevables à mettre en cause celui qui est intervenu au contrat de mariage comme donateur de la Dot qu'ils prétendent simulée, et cela pour lui faire prêter serment sur la sincerité de sa donation.

V. Lorsque la Dot a été constituée par un contrat de mariage, la quittance séparée du mari, par laquelle il atteste le paiement qui lui en a été fait, mérite-t-elle une foi entière?

Il n'y a aucun doute sur l'affirmative, dans le cas où la numération réelle est énoncée dans la quittance.

Bon Thomas d'Auberville, en épousant, en 1637, la fille du sieur de La Pcinterie, reconnut par son contrat de mariage qu'elle était dotée de 21,000 l., pour lesquelles son frère lui constitua une rente de 1500 liv. Quinze ans après, en 1652, le frère de la dame Thomas d'Auberville remboursa cette rente au mari, qui lui en passa acte par-devant notaires, portant numération réelle. En 1657, le sieur Thomas d'Auberville mourut; et sa sœur, s'imaginant que le contrat était simulé, demanda permission d'obtenir monitoire, et de s'inscrire en faux, pour prouver que la numération des deniers de la Dot n'avait pas eu lieu. Le premier juge lui ayant accordé l'un et l'autre, la veuve en appela au parlement de Rouen, où elle fut défendue par Basnage. Ses moyens étaient, 1°. que par la loi 14, §. 1, C. *de non numerată pecuniâ*, on ne pouvait admettre l'exception *non numeratæ Dotis*, lorsque la quittance de la Dot se référait à une constitution dotale précédemment faite par contrat de mariage; 2°. que même par l'usage général de France, on ne fait à cet égard aucune distinction; et que l'exception de Dot non payée n'est point recevable, si l'on ne fait apparoir du contraire par des actes authentiques: ce que ne faisait pas l'intimée, puisqu'elle n'offrait qu'une preuve par témoins; 3°. que les circonstances du fait rendaient le remboursement très vraisemblable; qu'on n'avait payé aucune somme comptant par le contrat de mariage; que le remboursement n'avait été fait que quinze ans après; que le frère de la femme avait été bien à même de le faire, et l'on convenait qu'il était fort riche. — A tout cela, on opposait seulement que le grand âge du mari faisait présumer la fraude. — Par arrêt du 10 décembre 1660, la sentence fut infirmée, et la sœur du défunt fut déboutée de sa demande en monitoire et en inscription de faux contre la numération de la Dot et le contrat de remboursement.

Voici un autre arrêt de la même cour sur cette question.— Le sieur Le Noble, âgé de soixante ans, avait épousé la fille du sieur Forestier-des-Roques, à qui son père avait constitué 6,000 liv. en Dot. Quelque temps après le mariage, il donna à sa jeune épouse quittance de 4,000 liv., des six qui devaient composer les deniers dotaux. La femme mourut la première. Le sieur Le Noble la suivit de près; mais avant de mourir, il passa devant notaire un acte par lequel il jura n'avoir point reçu les 4,000 liv., et déclara s'en rapporter au serment du sieur des Roques. — Après sa mort, son héritier, poursuivi par la sœur et unique héritière de la dame Le Noble, pour le paiement des 4,000 liv., fit ordonner par le premier juge que le sieur des Roques serait ouï. La demoiselle Forestier appela de cette sentence: elle disait que son père n'ayant point d'intérêt à la cause, c'était mal à propos que l'on avait ordonné son audition; que d'ailleurs il ne pouvait faire foi contre elle, parcequ'elle avait encoura sa haine en changeant de religion; qu'après tout, la quittance du feu sieur Le Noble fermait la porte à toute preuve contraire; que même, par le droit romain, l'exception *non numeratæ pecuniæ* se preservait par deux années; que, dans l'espèce, il y avait douze ans d'intervalle entre la quittance et la mort du sieur Le Noble; qu'ainsi cette exception n'était pas admissible, même aux termes des lois civiles; et que de là il résultait qu'il ne pouvait échoir de délation de serment, suivant le §. 3 de la loi 14, C. *de non numerată pecuniâ*, qui porte: *in quibus non permittitur exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, vel ab initio, vel post tempus elapsum, in his nec jusjurandum offerre licet.* — L'héritier du sieur Le Noble répondait qu'il fallait toujours en revenir à la vérité; qu'il ne voulait pas d'autre juge que le père; qu'il ne s'agissait pas de la Dot d'une femme qui est toujours favorable; que c'était un héritier qui voulait profiter d'une fraude. — Par arrêt du 26 janvier 1655, la cour ordonna qu'il en soit délibéré; et par un autre du 22 février suivant, ordonna, en infirmant la sentence, qu'il serait délivré à la demoiselle Forestier un exécutoire pour les 4,000 liv.

Le parlement de Rouen a encore jugé, par arrêt du mois de janvier 1658, « qu'une quittance de deniers dotaux donnée par le mari, moyennant une vente de grains sur pied, était suffisante, nonobstant les allégations de confidence. » (*Basnage, art. 410.*)

VI. Mais si la quittance ne porte pas numération réelle, elle ne fait pas une foi entière, ou du moins elle n'est pas à l'abri de toute critique.

Une demoiselle Marquisanne de Toulon, en épousant le nommé Albert, s'était constitué en Dot une certaine somme qu'elle s'était engagée de payer. Quelque temps après la célébration du mariage, Albert reconnut par un acte, *qui ne contenait point de numération réelle*, avoir reçu de sa belle-mère, *par ci-devant et à parties brisées*, la somme de 608 livres qu'elle avait bien voulu lui prêter, et dont il lui avait fait des reconnaissances, laquelle somme il déclara, du consentement de sa belle-mère, tenir à compte de la Dot de sa femme. — Après la mort

Digitized by Google

du mari, contestation entre la veuve et le sieur Eyssautier, créancier postérieur à cette reconnaissance. La première opposait l'acte et soutenait qu'il devait faire pleine foi. Elle citait Fachinée, liv. 8, ch. 87, Favre, en son Code, tit. *de Dote cautâ*, def. 3, et *Matthæus de Afflictis*, chap. 402, suivant lesquels la quittance de Dot, donnée par le mari, n'est pas presumée frauduleuse, quand elle est relative à une constitution de Dot précedente, et que le mari ne confesse avoir reçu que ce qui lui a été promis. — Le sieur Eyssautier s'appuyait sur l'invraisemblance des prêts pretendus faits à Albert par sa belle-mère qui était dans la plus grande mediocrité, sur le défaut de numeration reelle dans l'acte, et sur l'impossibilite avouée de representer les reconnaissances qu'Albert avait declaré avoir faites à sa belle-mère. — Malgré toutes ces considerations, le créancier fut debouté par sentence du lieutenant de Toulon; mais, sur l'appel au parlement de Provence, la cour, par arrêt du 17 mars 1698, ordonna, avant faire droit, « que la veuve prouverait la somme de 608 livres, contenue en ladite reconnaissance, être parvenue ès mains de son mari. »

J'étais des juges et de ce sentiment, dit M. de Besieux, liv. 5, chap. 2, §. 7. La doctrine des auteurs cités par la veuve doit «s'entendre, quand il n'y a point de conjectures ou indices de fraude. Car, s'il y en a, les créanciers du mari peuvent, sans difficulte, debattre la reconnaissance, quoique relative à une constitution et promesse de Dot, comme a remarqué Grammaticus, en ses notes sur la decis. 402 de Matthæus de *Afflictis*. Si le mari, par exemple, contractait de grandes dettes, d'abord après la reconnaissance, ou si celui qui fait le paiement de la Dot n'avait pas assez de facultés pour faire croire qu'il la paye du sien; ce qui est confirmé par Menochius, *de Præsumptionibus*, liv. 3, prés. 13, n. 24. S'il en était autrement, on tomberait dans cette absurdité, que l'on ne pourrait jamais debattre une reconnaissance, quand elle serait précédée d'une constitution et d'une promesse de Dot, quelque conjecture et preuve de fraude qu'il s'y rencontrât; ce qui serait, en effet, bien extraordinaire, et servirait à autoriser les frandes et les simulations qui se peuvent aussi bien commettre, quand la Dot est constituée et promise. Et quand les docteurs ont dit que la constitution fait cesser la fraude, ils ne se sont fondés que sur cette présomption, que le mari ne confesse d'avoir reçu que ce qui lui a été promis et constitué. Mais, comme ce n'est là qu'une présomption et une apparence que le paiement est réel, elle doit céder à la verité, et aux indices qui prouvent suffisamment la frande en toutes sortes de reconnaissances. »

Catellan, liv. 4, chap. 46, nous présente un arrêt du parlement de Toulouse qui a jugé le contraire; mais c'était dans un cas particulier, et ce magistrat lui-même confirme les principes qui ont servi de base à la decision que nous venons de rappeler. Ysabeau de Neyrac, en épousant Jeanne Sebé, s'était constitué en Dot une somme de 1,000 liv., payable le jour de la célebration du mariage, à prendre sur ses biens et droits. Peu de temps après, cette femme fit un partage avec ses frères et sœurs; et il échut dans son lot des biens-fonds, des meubles et des dettes actives. Douze ans après, et trois ans avant le dérangement de ses affaires, le mari reconnut avoir reçu *ci-devant* de sa femme cette somme de 1,000 livres. Question de savoir si les créanciers pouvaient opposer à cette reconnaissance l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Par arrêt du mois de mars 1699, le parlement de Toulouse jugea pour la negative, «à cause (dit Catellan), de la relation qu'il y avait entre la quittance et le contrat de mariage qui portait nommement constitution de cette somme de 1,000 livres, et sur le fondement de la loi 14, C. *de non numerata pecuniâ*, déjà citée. C'était, comme il faut le remarquer, dans un temps non suspect, antérieur de trois ans à la distribution; et tout cela était aidé et fortifié par la présomption d'un véritable paiement qu'induisaient le partage et le paiement fait à la femme entre le contrat de mariage et la quittance; *sans quoi, je pense que la quittance d'une somme certaine que la femme s'était constituée elle-même, et où il n'est point parlé d'actuelle numeration, prise comme donation, est nulle à l'egard des creanciers.* »

A cet arrêt, Catellan en ajoute deux autres, qui ont decide que le défaut de numération réelle ne peut pas non plus être opposé, lorsque la quittance n'a pas été donnée à la femme, mais à un tiers par qui la Dot avait été constituée; et qu'entre cette quittance et l'action en recouvrement de la Dot, il s'est passé un intervalle de plus de dix ans, intervalle qui, suivant ce que l'on verra ci-après, n. 9, suffit, dans la jurisprudence du parlement de Toulouse, pour rendre le mari responsable de la Dot, lors même qu'il est certain qu'il ne l'a pas reçue.

Le premier de ces arrêts a été rendu dans l'espèce suivante. En 1637, Jacques Chessat épouse la nommée Fauré, à qui son père constitue en Dot une somme de 2,700 livres. En 1652, Chessat donne au constituant quittance de cette somme, sans parler de numération réelle des deniers. Quelque temps après, il contracte différentes dettes, et tous ses biens sont saisis en 1661. Sa femme se présente à l'ordre des créanciers; et, par sentence, elle obtient collocation avec hypothèque privilegiée. Appel par l'un des créanciers postérieurs à la quittance; et le proces distribue en la seconde chambre des enquêtes, il intervient partage. Le rapporteur voulait réformer la sentence, et ne colloquer la Dot qu'après le créancier appelant, attendu « que la quittance ne faisait pas mention de la numération, elle ne pouvait porter aucun préjudice aux créanciers, qui pouvaient opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, suivant l'avis de Cambolas, liv. 4, chap. 20. » Mais le partage ayant été porté à la première chambre des enquêtes, il est intervenu, le 12 janvier 1668, arrêt qui, suivant l'avis du compartiteur, a mis l'appellation au néant, et confirmé la sentence avec amende et dépens. — Voici,

Digitized by Google

selon Catellan, quels ont été les motifs de cette décision. « Puisque, par le seul laps de dix ans, le mari est responsable à l'égard de sa femme de la Dot qu'il n'a pas reçue, et qu'on lui impute la négligence qu'il a eue d'agir et de se faire payer, et que cette négligence donne lieu à la femme de répeter cette Dot par privilège, comme si elle avait été véritablement payée à son mari; il faut de même imputer à un mari la trop grande facilité qu'il peut avoir eue de faire une quittance au constituant, sans avoir été véritablement payé; et la femme doit avoir son privilège comme si la Dot eût été reçue. — Par la loi 14, C. *de non numerata pecunia, exceptio non numeratæ Dotis cessat adversùs securitates Dotium factas post confectionem dotalium instrumentorum;* soit parceque la confession du mari, et la relation qui se trouve entre le contrat de mariage et la quittance, en doivent faire presumer la vérité, soit parcequ'il doit être indifférent à la femme que son mari ait cancellé le contrat de mariage, et libéré le constituant, ou par la réelle numération, ou par la simple acceptilation ou donation : *ce qui pourtant ne devrait pas avoir lieu,* si la libération était faite en fraude des créanciers, et dans un temps suspect; *ou si la femme avait elle-même promis la Dot, le mari ne pouvant pas donner à sa femme pendant le mariage.* »

Le second arrêt a été rendu au mois de janvier 1669, après partage porté de la première chambre des enquêtes à la seconde, et de celle-ci à la grand'chambre. — Le nommé Forcade avait épouse la nommée Noyez. Par le contrat de mariage, un tiers avait constitué à celle-ci une Dot en deniers, payable aussitôt après la celébration du mariage. Onze ans après, Forcade passe au constituant une quittance qui ne parle pas de numération réelle, et dit seulement, *pour argent ci-devant reçu.* Huit ans après cette quittance, tous les biens de Forcade sont mis en saisie réelle. Par l'arrêt cité, dit Catellan, « il passa d'allouer la femme par privilège pour cette Dot. »

VII. Mais que doit-on décider à l'égard des quittances sous seing-privé, lors même qu'elles portent numération d'espèces?

Il faut distinguer si c'est contre des créanciers du mari, ou contre le mari lui-même ou ses héritiers que l'on veut les faire valoir.

Au premier cas, l'art. 130 de l'ordonnance de 1629 les déclare nulles : « toutes quittances de Dot seront passées par-devant notaires, à peine de nullité, à l'égard des créanciers seulement. » — Et il est à remarquer que les parlemens de Toulouse, de Grenoble, de Bordeaux et de Dijon, lorsqu'ils ont enregistré cette ordonnance, n'y ont apporté aucune modification sur ce point. — Il y a d'ailleurs un arrêt du parlement de Dijon du 22 mai 1691, qui déclare nulle, relativement à des créanciers, une quittance de Dot donnée sous seing-privé par un fils à son père. Il est rapporté par Raviot sur Perrier, quest. 270, n. 23. — Le même auteur, n. 18, nous en fournit un autre qui mérite d'être remarqué. Françoise Dupin, femme du nommé Poulet, s'était fait colloquer pour sa Dot, dans le décret des biens de son mari. Le nommé Jasset, créancier de cette femme, fit *saisir la collocation,* procédure qui revient à ce que nous appelons à Paris opposition en sous-ordre. Par arrêt du 27 mars 1679, Françoise Dupin et son créancier furent déboutes de leurs demandes, « sur ce qu'il n'y avait qu'une quittance sous écriture privée, reconnue neanmoins et confirmée par une autre passée par-devant notaires, mais après le désordre arrivé dans les affaires de Poulet. »

Il vient néanmoins d'être rendu au parlement de Paris un arrêt que la Gazette des Tribunaux, les Affiches de Dauphiné, et d'autres feuilles périodiques ont annoncé comme contraire à cette jurisprudence. On en jugera par le précis exact que nous allons en donner, d'après les Mémoires faits par M. Robin de Mozas pour la femme en faveur de laquelle il a prononcé.

Le 2 mars 1755, contrat de mariage passé en Bourgogne entre la demoiselle Guérin, domiciliée en cette province, et le sieur Cudel, chevalier de St.-Louis, demeurant dans le Mâconnais. — La veuve Guérin, mère de la future épouse, lui constitue en Dot la somme de 10,000 liv., tant de son chef que des pretentions qu'avait sa fille dans la succession d'une veuve Orry, sa grand'tante. — Promesse de la part de la veuve Guérin de payer aux époux l'interêt de cette somme, sans retenue de vingtièmes ni autres charges; mais réserve expresse de « la faculté de se libérer quand bon lui semblera, en tout ou en partie, soit de ses deniers, soit d'autres qui pourraient lui rentrer par la suite, des remboursemens qui lui seraient faits, tant des principaux de constitution de rentes, que du produit d'autres effets venant de la succession de la dame Orry. » — La dame Guérin avait pris les mêmes engagemens dans le contrat de mariage de la sœur de la dame Cudel, mariée au sieur Rosselin, avocat. — Elle avait donc le plus grand intérêt de se libérer de cette charge aussitôt qu'elle le pourrait, et l'occasion en était fort simple. Il dépendait, de la succession de la dame Orry, une maison située à Paris, rue St.-Antoine, dont les impositions et l'entretien annuels absorbaient une partie du loyer, et qui exigeaient de grosses réparations : nouveau motif de vendre cet immeuble pour en employer le prix à acquitter les deux constitutions dotales. — Elle la vendit donc, le 3 juin 1764, au sieur Boursault, pour 14,000 liv. Celui-ci ne paya que 2,000 liv. comptant. — La dame Cudel, qui avait touche cette somme en vertu d'une procuration de sa mère, en remit la moitié au sieur Rosselin, qui la reçut à compte de la Dot de son épouse, et en passa quittance au pied d'un billet de pareille somme que lui devait le sieur Cudel dès l'année 1759. Ainsi, voilà bien une partie de la Dot employée tout de suite à l'acquit du sieur Cudel. — A la fin de l'année 1765, le sieur Boursault paya à la dame Guérin le restant du prix de son acquisition. — Aussitôt celle-ci prit avec ses deux gendres un arrangement

Digitized by Google

définitif. Une partie du prix de la maison servit à achever de payer le sieur Rosselin, qui, dès le 8 mars 1756, avait reçu 4,000 liv. Le surplus, joint à un contrat dépendant de la même succession, fut employé à payer le sieur Cudel. — Par un traité fait le 24 janvier 1766, avec la dame Guérin, le sieur Cudel reconnut « qu'elle lui avait payé la somme de 1,000 liv. qui avait été retirée par son épouse, provenantes de 2,000 l. qu'avait payées Boursault, lors de son acquisition; le sieur Rosselin ayant retiré les autres 1,000 liv. à compte de la Dot de son épouse. » — On vient de fournir la preuve de ce premier fait. — Il déclara ensuite que la dame Guérin lui avait « payé tout présentement la somme de 7,000 liv., en reseriptions provenantes du prix de la même vente, sur quoi il lui était dû 1,000 livres pour intérêts de la Dot. » — Et la dame Guérin lui céda, 1°. un contrat de 5,000 liv. produisant 250 liv. de rente, sur le sieur Le Febvre de Paris, à la charge d'acquitter la rente viagère de 125 liv. dont ce contrat était grevé en faveur de la dame veuve Amabert et du sieur Gerand, son fils; 2°. le loyer et les intérêts du prix de la vente que Boursault pouvait devoir. — Enfin, le sieur Cudel reconnut « qu'au moyen de ces différens paiemens et cessions, il était entièrement et pleinement payé de la constitution dotale de 10,000 liv. et des intérêts échus jusqu'alors. » — Il est aisé de voir que ce traité se défendait par lui-même de tout reproche de fraude, de simulation et d'antidate. Car, si l'on n'avait voulu que feindre une libération, il est sensible qu'au lieu de toutes les explications qu'il contient, on se serait contenté d'y exprimer, en deux mots, que le sieur Cudel avait reçu la Dot de son épouse. Les détails qu'il renfermait étaient donc une preuve frappante de sa vérité, et elle était confirmée par toutes les présomptions possibles. La vente de la maison, la quittance du sieur Rosselin, les lettres de deux parens du sieur Cudel relatives à cette vente et à l'emploi du prix, le paiement fait par l'acquéreur, l'intérêt de la dame Guérin à se libérer, et la faculté qu'elle s'en était réservée par le contrat de mariage, tout prouvait et l'origine des deniers qui avaient servi à acquitter la Dot, et la sincérité de la quittance et la certitude de sa date. — A l'appui de ces preuves venaient encore différens actes postérieurs à la quittance. — Le 10 février 1766, peu de jours après cette quittance, le sieur Cudel emploie 6,000 liv. en deux contrats sur le sieur Perrin, son oncle, et sur le sieur Mollerat, oncle de son épouse. Ces contrats portent littéralement que « les fonds en proviennent des deniers reçus en paiement de la Dot, au moyen de la vente faite au sieur Boursault de la maison de Paris. » — En 1767, la dame Cudel fait assigner son mari en séparation de biens et en répétition de sa Dot. Le sieur Cudel y oppose la plus ferme resistance. Dans un écrit du 13 août, il répond que « s'il a vendu un domaine, c'a été conjointement avec le sieur Cudel de Montcolon, son frère, et sur-tout pour procurer à celui-ci une compagnie d'infanterie; qu'il a, en effet, contracté quelques dettes nécessaires envers des marchands et des fournisseurs; mais que tout cela ne peut être considéré comme des actes de dissipation; qu'*au surplus, la Dot de la dame Cudel existe, et qu'elle est assurée de son hypothèque* »; et il conclut au déboutement de la demande. — Si la Dot n'eût pas été payée, si la quittance de 1766 n'eût pas existé, on doit sentir avec quelle force le sieur Cudel aurait crié à l'injustice de voir répéter la Dot sur ses biens. — La dame Cudel fut obligée de se désister de sa demande; et tout ce qu'elle put obtenir pour mettre un frein aux dissipations de son mari, fut que le sieur de Laye, conseiller au bailliage de Mâcon, serait dépositaire des deux contrats du 10 février 1766. Le sieur de Laye, assigné en témoignage dans le procès dont nous parlerons bientôt, a atteste que ce dépôt lui avait été confié en 1767. — Le 17 novembre de la même année, le sieur Cudel passa à sa femme une procuration devant notaire, par laquelle il l'autorisait « à recevoir, sur sa simple quittance, les rentes échues et à échoir des contrats qui composaient sa Dot, des mains des débiteurs de ces contrats. » — Le 29 janvier 1772, la dame Cudel, fondée de la procuration spéciale de son mari, du 17 décembre précédent, toucha, en remboursement du contrat sur le sieur Le Febvre, qui avait appartenu à la dame Guérin, et dont la quittance de Dot renfermait la cession au sieur Cudel, une somme de 2,500 liv. qu'elle employa pour celui-ci tout entière; la preuve en était rapportée. — En 1771 et 1773, le sieur Cudel retira les 4,000 liv. du contrat sur le sieur Mollerat; et comme, d'un côté, il avait obtenu, en 1771, le grade de capitaine dans le régiment d'Autun; que de l'autre il avait été obligé, en 1773, de se rendre aux îles de Bourbon pour y remplir un poste plus avantageux, il n'était pas difficile de deviner l'usage qu'il avait fait de cette somme. — Ainsi, la réception et même l'emploi de la Dot étaient parfaitement justifiés: 1,000 liv. lors de la vente de la maison; 2,500 liv. du sieur Le Febvre; 4,000 liv. du sieur Mollerat; et puisque le contrat de 2,000 liv. sur le sieur Perrin existait encore dans les mains du sieur de Laye, suivant la déclaration qu'il en avait faite, il était bien démontré que la Dot de 10,000 liv. avait été payée, qu'elle avait été reçue par le mari, et qu'à 500 liv. près, la dame Cudel en établissait l'emploi, c'est-à-dire, prouvait ce qu'elle n'était point obligée de prouver. — C'était néanmoins dans cette position qu'on lui disputait la reprise de ses deniers dotaux. Reprenons le fil des faits. — Le 29 avril 1773, la dame Cudel, voyant son mari écrasé sous le poids de ses dettes, et tout son actif saisi par ses créanciers, a repris sa demande en séparation, et a conclu contre ceux-ci à la restitution de sa Dot. — L'affaire portée au bailliage de Mâcon, sur l'appel d'une sentence interlocutoire du juge de Marcigny, les créanciers ont soutenu, tantôt que la Dot n'avait pas été payée, tantôt qu'elle l'avait été, mais qu'elle avait été convertie en contrats et effets dont la dame Cudel avait disposé. Ils ont fait assigner le sieur de

Digitized by Google

Laye, qui a fait les déclarations qu'on a rapportées plus haut. Ils ont ensuite accusé la dame Cudel d'avoir repris et de s'être approprié le mobilier que son mari avait vendu au sieur de Montcolon, et ont fait assigner celui-ci pour s'expliquer sur ce point. — Après toutes ces démarches, voici quelle fut leur défense : « Nous convenons, disent-ils dans une écriture du 17 décembre 1774, que la Dot est due; nous en consentons la liquidation et le paiement; mais sous l'imputation de tout ce que la dame Cudel aura reçu des contrats confiés au sieur de Laye, ou du mobilier qu'elle a repris sur le sieur de Montcolon. » Demander des imputations, c'était bien avouer la réalité du paiement de la Dot, et reconnaître la vérité de la quittance. — Le 25 mai 1778, sentence qui réforme celle de Marcigny, prononce la séparation, ordonne, avant de liquider les droits dotaux, à la dame Cudel de justifier que la cession du contrat sur le sieur Le Febvre a en son effet, et exige le serment décisoire du sieur de Montcolon par rapport au mobilier. — Le sieur de Moucolon a affirmé qu'il avait réellement payé au sieur Cudel le mobilier que celui-ci lui avait vendu pour 1,000 liv., par acte du 29 septembre 1772. — A l'égard du contrat sur le sieur Le Febvre, la dame Cudel a satisfait à la sentence, soit par la déclaration du sieur Rosselin, qui a attesté la vérité de la cession faite au sieur Cudel, en ajoutant que pour lui, il avait été payé de la Dot de son épouse; soit par la communication de l'acte du 29 janvier 1772, qui prouvait l'exécution de la cession du contrat, et par conséquent la vérité de ce qui en était dit dans la quittance de Dot. — Cette instruction faite, il ne restait qu'à prononcer définitivement. Mais les créanciers ont interjeté appel de l'interlocutoire au parlement. Là, ils ont soutenu un système nouveau; ils ont dit que jamais la Dot n'avait été payée; que la quittance était simulée et nulle, pour n'avoir pas été rédigée en acte public; que la sentence qui en avait préjugé la validité ne pouvait subsister. Et comme la dame Cudel, pour la faire déclarer valable, concluait à l'évocation du principal, afin d'éviter un retour au bailliage de Mâcon, ils y ont résisté par la force de la règle qui défend d'évoquer, si ce n'est pour juger le procès à l'audience. — En conséquence, arrêt le 29 août 1778, en la première chambre des enquêtes, au rapport de M. de Tanlay, qui, cédant à cette règle, déclare la dame Cudel non-recevable en son évocation, confirme la seutence du bailliage, et y renvoie les parties pour être fait droit sur les demandes respectivcs.

Par sentence du 13 juillet 1780, le bailliage a adjugé à la dame Cudel la reprise de ses droits dotaux. — Appel par les créanciers, et distribution du procès au même magistrat, qui l'avait déjà rapporté en 1778.

M. Robin de Mozas a publié deux mémoires pour la dame Cudel; le début du second prouve que les créanciers avaient fait dans l'instance des avenx qui tiraient la question hors de la thèse générale : « Les adversaires (disait-il) reconnaissent enfin que la Dot de la dame Cudel a été payée. Cet aveu juge le procès; car il faut absolument que la femme retrouve une Dot qui a été payée. »

Voici au surplus commeut le défenseur de la dame Cudel établissait ses moyens de droit :

« *Le paiement n'est prouvé que par un écrit privé, que l'ordonnance de* 1629 *déclare nul à l'égard des créanciers.* Voilà l'objection.

» Serait-il possible qu'on abusât des mots jusqu'à ce point; qu'une vérité qu'on est forcé de reconnaître cessât d'en être une, parcequ'on ne s'est pas transporté chez un notaire; et que la femme perdît sa Dot, parceqn'il aurait plu au mari et à la mère de se contenter d'un acquit privé? Soumise aux volontés de l'une et à l'autorité de l'autre, la femme serait donc victime des chaînes que la loi lui donne! Il fallait donc qu'elle lui eût donne un droit coactif, pour obliger ses parens et son mari à passer un acte public : sans qnoi, comment la punir de sa soumission forcée à leurs volontés?

» Cela prouve que, quand même cette loi, que les adversaires sont allés puiser dans le *Code Michaud*, serait en vigueur, elle n'a point et ne peut avoir le sens qu'ils lui donnent. Quand la Dot est promise et fixée par le contrat de mariage à une somme certaine; quand elle est affectée sur des immeubles dont le prix de vente doit servir à acquitter la Dot; quand on vient, par la suite, à vendre les immeubles pour en employer le prix à la payer, il est absurde alors d'exiger autre chose qu'un écrit, de quelque nature qu'il soit, pour constater la réception de la Dot et la libération du débiteur.

» Le débiteur d'une Dot est-il plus défavorable que toute autre personne liée par une promesse privée, ou par une obligation publique? Pour que cette personne acquière sa libération, ne lui suffit-il pas que la promesse on l'obligation soient adirées, ou que le créancier y mette de sa main un reçu? La loi exige des précautions pour former un lien; mais pour en opérer la dissolution, elle n'exige qu'un fait, un aveu d'avoir été payé. C'est que le lien est un acte de rigueur, et qu'au contraire la libération est favorable.

» Cette observation s'applique bien plus fortement à un contrat de mariage. Des parens promettent une Dot, que l'état de leurs affaires ne leur permet pas de payer dans l'instant même; mais trois, quatre, dix ans après, ils en ont les moyens, et ils l'acquittent. Sont-ils plus défavorables que tout autre débiteur qui vient, après quinze ou vingt ans, acquitter sa dette? Et si ce débiteur est libéré par les moyens simples que l'on vient d'expliquer, comment des parens ne le seraient-ils pas par une quittance privée, qui, dans l'espèce presente, se trouve confirmée par tous les actes possibles qui en prouvent la certitude et la sincérité?

» Ce n'est donc point à ce cas hypothétique que l'ordonnance de 1629 pourrait s'appliquer. Mais, dit Legrand, qui l'examine précisément (sur la coutume de Troyes, pag. 358), *si le contrat de mariage*

Digitized by Google

ne contient aucune constitution ni promesse de Dot, s'il ne fait point mention que la femme ait apporté ni même promis apporter aucune chose à son mari, qu'il y soit néanmoins stipulé que la femme reprendra ce qu'elle a apporté, et que par après et pendant le mariage, le mari donne quittance à la femme, contenant reconnaissance qu'elle lui a apporté en Dot une certaine somme, alors cette reconnaissance sera suspecte.

» Voilà le véritable objet de l'ordonnance : le contrat de mariage ne porte-t-il ni numération réelle, ni constitution, ni même aucune promesse de Dot? En ce cas, on regarde cette reconnaissance postérieure au mariage comme une libéralité déguisée; c'est alors que pour parer à la fraude, la loi veut savoir où la femme a pris les deniers que le mari déclare recevoir; et pour cela, elle exige que l'on contracte devant un notaire et des témoins qui attestent que la femme a réellement compté les deniers : à ce prix, la loi est satisfaite, et les adversaires avouent que cette quittance sera à l'abri de toute critique.

» Ce n'est là cependant qu'une précaution très puérile; car enfin les deniers peuvent retourner aussitôt dans les mains de ceux qui ne les auront prêtés que pour les faire briller un moment aux yeux du notaire et des témoins, et par-là rendre la quittance inébranlable : assurément cette fraude est si facile, que si la famille de la dame Cudel n'eût aspiré qu'à frauder, comme les adversaires le supposent, on n'aurait pas manqué de la mettre en usage. La conduite différente qu'elle a tenue prouve donc qu'il n'y avait ni envie ni dessein de frauder.

» *Et néanmoins*, continue Legrand, *la règle ci-dessus reçoit exception; car si, malgré cela, la femme prouvait clairement qu'elle a apporté cette somme au mari qui l'aurait touchée, soit de quelques créanciers de la femme, soit d'autres, pour quelque cause que ce fût, alors la présomption de fraude céderait à la vérité, et la femme serait reçue à demander les reprises et conventions stipulées par son contrat de mariage.*

» Combien la dame Cudel n'est-elle pas plus favorable?

» 1° Son contrat de mariage porte une constitution de Dot de ses propres biens, et promesse de l'acquitter incessamment avec le prix de ces biens. La quittance de 1766 n'est donc pas une reconnaissance nouvelle, une libéralité survenue après le mariage, un avantage que le mari veuille faire : elle n'est que la suite, l'exécution, la consommation d'une promesse faite par ce contrat. La loi n'a, dans un pareil cas, aucun motif de suspecter les époux, et par conséquent elle ne leur impose point la nécessité d'un acte public.

» 2° Quand la dame Cudel serait dans l'hypothèse absolument contraire, telle qu'elle est posée par Legrand, elle se trouverait encore dans l'exception qu'il remarque; car elle prouve clairement, et par des actes bien plus multipliés qu'il ne l'exige, l'origine des deniers qui ont servi à payer la Dot. Son bien a été vendu : le mari en a reçu et placé le prix. La justice peut-elle exiger davantage, surtout d'une femme de qui la mère, constitutrice de la Dot, existait, et à qui la quittance a été passée?

» On cite la déclaration du 19 mars 1696; loi bursale sollicitée par le fisc, qui voudrait soumettre au tarif du contrôle les moindres engagemens des citoyens; loi postérieure, qui ne prononce point la peine de *nullité* contre les quittances dotales passées hors la présence du notaire : elle aurait donc dérogé à l'ordonnance de 1629; et les nullités ne peuvent jamais se suppléer.

» On cite et le *Dictionnaire des domaines*, qui annulle sans pitié tout ce qui ne passe pas au contrôle, et la compilation de Denisart, qui ne fait que copier l'ordonnance de 1629, sans dire un mot des réclamations de tous les parlemens du royaume, qui rejetèrent cette loi. Trois ou quatre seulement l'enregistrèrent forcément. Celui de Grenoble fut du nombre; mais ce parlement la désavoue; et l'on en a la preuve dans le Recueil qui a été donné au public, des réponses des cours souveraines aux questions que leur proposa l'illustre chancelier d'Aguesseau, avant de former l'ordonnance des substitutions. Cela prouve de quel œil on regarde cette loi de 1629.

» L'arrêt de 1778 n'est pas plus favorable aux adversaires; au contraire : ils voulaient faire annuller la quittance, par le seul motif qu'elle est une pièce privée : ils se plaignaient de ce que la sentence de Mâcon avait ordonné des preuves qui en préjugeaient la validité : mais l'arrêt confirme la sentence; ainsi, il a condamné d'avance leur système. »

Telle était la défense de la dame Cudel. On s'est déjà dit qu'elle ne pouvait pas manquer de triompher. Aussi, par arrêt du 3 septembre 1781, la sentence du bailliage de Mâcon a été confirmée, avec amende et dépens.

Mais prenons garde d'étendre l'application de cet arrêt aussi loin que l'ont voulu faire les auteurs des feuilles périodiques qui en ont parlé avant nous.

1° Il a été rendu au parlement de Paris, et pour une quittance de Dot donnée par un mari, qui avait fixé dans le ressort de cette cour le domicile matrimonial. Il ne prouve donc rien relativement aux provinces qui ressortissent aux parlemens où l'ordonnance de 1629 a été enregistrée, sans modification à l'égard des quittances de Dot.

2° Dans l'espèce sur laquelle il a prononcé, il existait des preuves de tout genre de la vérité de la quittance donnée sous seing-privé par le sieur Cudel. On ne peut donc pas en inférer, en thèse générale, que des quittances de cette espèce puissent être opposées aux créanciers des maris.

A l'égard du mari et de ses héritiers, les quittances de Dot sous seing-privé produisent contre eux le même effet que si elles étaient passées devant notaires. Cela résulte assez clairement des termes de l'article cité de l'ordonnance de

Digitized by Google

1629 : *à peine de nullité, à l'égard des créanciers seulement.*

C'est, d'ailleurs, ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Paris du 17 décembre 1703 : L'espèce en est d'autant plus remarquable, qu'il a encore jugé deux autres questions qui trouvent naturellement ici leur place. — En 1690, Elisabeth Bault épousa Jean Haudat : Charles et Antoine Bault, ses frères, lui promirent 6,000 livres de Dot, chacun pour moitié; outre une somme de 1,800 livres qu'elle avait de son chef. — Jean Haudat ne donna point de quittance de la somme de 6,000 livres sur la minute du contrat de mariage; il n'en donna même aucune par-devant notaires; mais, après son décès arrivé en 1700, il se trouva sous son scellé une copie ou expédition en papier, de son contrat de mariage, au bas de laquelle il avait fait, sous seing-privé, une quittance des six mille livres au profit des deux frères de sa femme, en date de 1695. — Louis et François Haudat, héritiers de Jean Haudat leur frère, contestèrent la validité de cette quittance. — L'affaire portée au châtelet, Antoine Bault soutint qu'il avait seul payé les 6,000 livres, qu'il en avait tiré de Jean Haudat une quittance semblable à celle qui était au bas de l'expédition du contrat de mariage, qu'il l'avait depuis égarée, et qu'il était prêt de l'affirmer aussi bien que la vérité du paiement. L'affirmation lui fut déférée par sentence du 11 août 1701. — L'appel interjeté par les héritiers d'Haudat fut porté à la cinquième chambre des enquêtes. — De la part des appelans, on disait que la quittance de Jean Haudat n'ayant point été passée par-devant notaires, ni mise sur la minute ou sur la grosse en parchemin du contrat de mariage, mais étant faite seulement sous seing-privé sur une simple expédition de ce contrat en papier, elle n'était pas authentique, et n'avait point de date certaine; qu'ainsi, elle était très suspecte. — Le mari ayant cette quittance par-devers lui, était le maître de la faire valoir à sa volonté, pour en faire profiter sa femme en cas qu'elle le survécût, comme il est arrivé, ou de l'anéantir en cas qu'elle mourût avant lui, pour empêcher ses beaux-frères d'en profiter; ce qui ne pouvait être considéré que comme un avantage indirect d'un mari à sa femme, prohibé par la loi. — Une preuve que cette quittance n'est pas valable, c'est qu'il ne s'en trouve point de double entre les mains de celui des frères qui prétend avoir payé les 6,000 livres. Il arrive tous les jours qu'un homme croyant recevoir, écrit une quittance au bas du contrat ou du billet, quoiqu'il ne reçoive pas dans la suite. — L'intelligence qui est entre les intimés est visible. La veuve s'est bien gardée d'intenter une action de recours contre ses frères; et si Antoine Bault avait payé seul les 6,000 livres, comme il le met en fait, il n'aurait pas manqué, ne devant que la moitié de cette somme, de tirer de son frère une indemnité de l'autre moitié. — Enfin, si on défère l'affirmation à Antoine Bault, il faut que la veuve et son autre frère fassent une pareille affirmation; ce qu'ils ne doivent pas refuser, si le paiement de la Dot est aussi certain qu'ils le disent. — De la part des intimés, on disait, au contraire, que Jean Haudat ayant une fois reconnu avoir reçu les 6,000 livres de Dot promises à sa femme par ses frères, cette reconnaissance, quoique sous seing-privé, avait constaté un fait qui ne pouvait plus être révoqué en doute. — Ce fait étant du mari seul, qui a pu recevoir la Dot, ou la remettre à ses beaux-frères, on ne peut pas les contraindre, non plus que la veuve, à en affirmer le paiement. — La quittance de cette Dot a été donnée dans un temps non suspect, cinq ans après le mariage, et cinq ans avant la mort du mari, qui n'est décédé qu'en 1700, après dix ans de mariage. Or, c'est une maxime constante, que le mari, qui n'a point demandé la Dot de sa femme pendant dix ans, est présumé l'avoir reçue. — Enfin, si la veuve affirmait que son mari n'avait pas reçu les 6,000 livres de sa Dot, elle perdrait l'action qu'elle aurait en ce cas contre ses frères pour s'en faire payer, puisqu'ils seraient en droit de lui opposer la quittance de son mari, qui a pu valablement recevoir seul sa Dot. — Sur ces raisons, l'arrêt cité a confirmé la sentence, et a par conséquent jugé, — 1° Qu'une quittance de Dot sous seing-privé fait preuve contre les héritiers du mari; — 2° Que cette quittance est valable, quoiqu'elle soit au bas d'une copie ou expédition en papier du contrat de mariage; — 3° Que dans le cas d'une pareille quittance, on ne peut en faire affirmer la sincérité que par celui qui prétend avoir payé la Dot.

La première de ces trois propositions peut encore être appuyée d'un arrêt du parlement de Dijon, du 11 août 1664, qui a déclaré valable une quittance de Dot donnée sous seing-privé par un gendre mineur à son beau-père, chez qui il demeurait. On avait pris des lettres de rescision contre cette quittance; elles furent rejetées. Cet arrêt se trouve dans le Recueil de Perrier, quest. 270, n. 21.

Il semble que l'on devrait juger tout autrement en Franche-Comté; car, suivant Dunod, *Traité des Prescriptions*, part. 2, ch. 8, les anciennes ordonnances de cette province portent généralement, art. 319 et 320, « que toutes quittances de Dot qui se feront aux père et mère, ou autres qui les auront constituées, et leurs héritiers et ayant cause, seront reçues de notaire et attestées de deux témoins; dont l'un pour le moins les aura signées, à peine de nullité desdites quittances, et que les notaires qui les auront reçues en garderont la minute, à peine de dommages-intérêts, et d'amende arbitraire. »

Mais, quoique cette disposition ne distingue pas, et qu'aucune loi particulière n'ôte au mari ou à ses héritiers le droit de s'en prévaloir, on juge néanmoins qu'à leur égard les quittances sous seing-privé sont valables et font pleine foi.]

[[C'est aussi ce que vient de juger, pour le ci-devant Dauphiné, un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce :

Le 9 février 1781, contrat de mariage notarié

Digitized by Google

entre le sieur Balastron, habitant de Grenoble, assisté de son père, sous la puissance duquel il est encore, et Anne Thevenet, domiciliée à Lyon. — Les parties déclarent se soumettre, pour la constitution de la Dot et pour l'augment, aux lois lyonnaises. — Le mari étant mort insolvable, la dame Thevenet prend des inscriptions hypothécaires sur les biens provenans de la succession de son beau-père, et se pourvoit contre les héritiers de celui-ci, pour les faire condamner à lui restituer sa Dot et à lui payer son augment; elle se fonde sur les lois romaines qui rendent le père responsable de la Dot touchée de son consentément, par le fils qu'il a sous sa puissance (*V.* ci-après, §. 11); et pour justifier que sa Dot a été réellement payée, elle produit, 1° des quittances notariées pour une somme de 4,449 livres; 2° des quittances sous seing-privé, pour le restant; 3° des notes extraites des papiers domestiques et des registres de son beau-père. — Les héritiers lui opposent, 1° que le sieur Balastron fils a été émancipé, du vivant de son père, par la loi du 28 août 1792; que cette loi a affranchi de la puissance paternelle tous les Français majeurs; que, dès ce moment, le sieur Balastron fils est devenu *sui juris;* que, dès ce moment, le sieur Balastron père a été dépouillé de son autorité; que la loi, en brisant dans ses mains le sceptre domestique, a dissous l'obligation de garantir la Dot, qui y était attachée; que l'effet a cessé avec la cause; que le sieur Balastron père n'a pas pu rester responsable de ce qu'il ne dépendait plus de lui de conserver; qu'en perdant sa puissance, il a perdu ses moyens d'empêcher les écarts de son fils, le droit de se faire appeler à chaque paiement de sommes dotales, et celui d'en surveiller l'emploi; que, dépouillé des avantages de sa puissance, il a été de plein droit libéré des charges qui en dépendaient; — 2° Qu'au surplus, la veuve ne pourrait être fondée dans son action, que pour les sommes dotales dont elle représente des quittances notariées; qu'on ne peut, en aucun cas, lui allouer celles dont elle ne représente que des quittances sous seing-privé; que ces quittances sont proscrites par l'art. 8 de la déclaration du 19 mars 1696, qui veut que « tous les contrats de mariage, *quittances de Dot*, et decharges données en consequence, soient passées par-devant notaires, à peine de privation de privilège et hypothèque »; que les notes domestiques dont la dame Balastron s'appuie pour justifier ces quittances, ne sont pas vérifiées; qu'il paraît même qu'elles n'ont dû l'être qu'à une simulation concertée entre la dame Balastron et son beau-père. — La cour d'appel de Grenoble n'a aucun égard à ces moyens, et condamne les héritiers à restituer à la veuve le montant entier de sa Dot, et à lui payer son augment. — Les héritiers se pourvoient en cassation, et reproduisent les mêmes raisons qu'ils ont inutilement fait valoir devant la cour d'appel. — Mais, par arrêt du 2 septembre 1806, au rapport de M. Liger-Verdigny, « considérant, 1° qu'en pays de droit écrit, la présence et le consentement du père au contrat de mariage de son fils non émancipé, le rendaient subsidiairement responsable de la Dot et de l'augment stipulé au profit de sa bru; que Balastron fils étant domicilié à Grenoble, qui était régi par le droit écrit, son contrat de mariage a dû être réglé conformément aux lois de son domicile; — 2° Que la cour d'appel a pu, sans violer aucune loi, décider que le contrat de mariage de Balastron fils n'exprimait aucune clause dérogatoire; — 3° Que la loi du 28 août 1792 n'a point affranchi les biens de Balastron père de l'hypothèque acquise antérieurement à la promulgation de cette loi; que son obligation, qui remontait à la date du contrat de mariage de son fils, a dû se conserver indépendamment de tout événement ultérieur; — 4° Que les lois qui exigent que les quittances de Dot soient faites devant notaires, n'ont pour objet que de prévenir les fraudes, au préjudice des tiers; qu'il a été décidé par l'arrêt attaqué, que celles produites étaient sérieuses, et non faites en fraude des droits d'un tiers; — La cour rejette....»]]

[VIII. Reste à examiner le cas où il paraît bien un contrat de mariage portant une constitution et promesse de Dot, mais où il n'en existe aucune quittance.

Si l'on en croit la plupart de nos praticiens, le seul laps de dix ans emporte, en faveur de la femme, une présomption de paiement, de manière que, quand le mariage a duré pendant dix années, la Dot est censée acquittée, et le mari est tenu de la faire valoir à sa femme, comme s'il l'avait réellement reçue.

Cette opinion a sa source dans une mauvaise interprétation de la novelle 100. Cette loi dit bien que, si le mariage a duré plus de dix ans, ni le mari ni les héritiers ne sont plus recevables à opposer l'exception *non numeratæ Dotis* à un contrat de mariage qui porte quittance de la Dot; mais elle ne dit ni ne fait entendre que la Dot dont il n'existe pas de quittance se prescrit par dix ans. Argumenter ainsi d'un cas à l'autre, c'est sûrement contrevenir aux premières règles de la bonne logique : c'est cependant ce qu'ont fait une foule d'écrivains du ressort du parlement de Paris; et ce qu'il y a d'étonnant, c'est qu'à en juger par les arrêts qu'ils rapportent bien ou mal, la jurisprudence de cette cour est exactement conforme à leur opinion.

Suivant eux, en effet, le parlement de Paris admet la prescription de dix ans en faveur de tous ceux qui ont constitué la Dot, même au préjudice de la femme; et il la fait valoir contre le mari ou ses héritiers, dans le cas même où c'est la femme qui s'est constitué sa Dot.

Cette jurisprudence, si elle était aussi certaine qu'on le suppose, serait bien extraordinaire. D'un côté, elle soumettrait la Dot à une prescription de dix ans, tandis que, suivant les principes élémentaires du droit, les actions personnelles ne peuvent être prescrites que par trente ans, à moins que des lois particulières ne les exceptent de la règle gene-

Digitized by Google

rale. D'un autre côté, pourquoi le mari, dans le droit romain ne peut-il plus, après dix ans, opposer l'exception *non numeratæ Dotis?* C'est, dit la novelle 100, parcequ'il est présumé, par un aussi long silence, avoir voulu faire présent à sa femme du montant de sa Dot : *si tacere elegerit, palàm est voluisse etiamsi non accepit Dotem, omninò eum aut suos heredes reddere.* Voilà donc un avantage indirect: et pour le favoriser, le parlement de Paris aurait étendu la loi de Justinien à un cas dont elle ne parle point du tout! Non, rendons, avec le savant Berroyer, plus de justice à la jurisprudence de cet auguste tribunal; prenons, comme l'a fait cet auteur dans une dissertation imprimée à la fin du second tome des arrêts de Bardet, la peine de disséquer tous les arrêts qui sont cités comme ayant admis la prescription de dix ans, et nous verrons qu'ils se réduisent à rien.

C'est aussi ce qu'a délibéré, en 1712, l'ordre des avocats du parlement de Paris, MM. les gens du roi préseus. Il fut convenu, dit Brillon, au mot *Dot*, n. 73, que l'action de la Dot durait 30 ans, et l'on arrêta « que la première fois que l'occasion s'en présenterait, MM. les gens du roi travailleraient à en établir la jurisprudence. C'était l'avis de M. le procureur général présent à la dissertation. »

Précédemment, il avait été jugé, par arrêt du 21 août 1692, confirmatif d'une sentence de l'échevinage d'Arras, du 23 novembre 1691, et d'une autre rendue au conseil provincial de la même ville, le 4 décembre suivant, *que l'action de la Dot n'est pas prescrite, en Artois, par un espace moindre de 20 ans*, qui est, dans cette province, le terme de la prescription ordinaire. (Maillard, sur la coutume d'Artois, art. 73, n. 15.) — Il est vrai que, dans cette coutume, la question n'était susceptible d'aucune difficulté. D'un côté, l'art. 73 de cette loi municipale déclare *qu'il n'y a point de prescription moindre de vingt ans*: de l'autre, deux actes de notoriété, des 25 juillet et 3 juin 1692, constataient que la prescription de dix ans contre l'action de la Dot était absolument inconnue dans cette coutume.

Du reste, il est constant que cette prétendue prescription de dix ans a toujours été rejetée dans les antres parlemens. Témoins, pour celui de Bordeaux, Automne sur le Code, titre *de Dote cautâ*; Boyer, décis. 138 et 328; Maichin, *Summa juris civilis*, *lib.* 1, *cap.* 11; et Salviat, page 197;— Pour celui de Rennes, Sanvagean, en son *Recueil d'arrêts*, liv. 1, chap. 201, et un acte de notoriété rapporté dans le Journal des audiences de Poulain du Parcq;— Pour celui de Besançon, Dunod, *Traité des Prescriptions*, part. 2, chap. 8, etc.

Le parlement de Toulouse s'est fait sur cette matière des principes tout-à-fait particuliers, et dont il a puisé l'idée dans la loi 33, D, *de jure Dotium*.

Suivant cette loi, pour savoir si le mari peut être responsable de la Dot sans l'avoir reçue, il faut distinguer quatre cas.

1°. Lorsque la Dot a été promise par un étranger, *ex necessitate*, parcequ'il était débiteur de la femme, le mari est obligé de le poursuivre pour le paiement, sinon la perte tombe sur lui.

2°. Si c'est par une pure libéralité que cet étranger a promis la Dot, le mari n'est pas responsable de son insolvabilité, quoiqu'il ne l'ait pas poursuivi : *parcendum marito qui eum non præcipitavit ad solutionem qui donaverat.*

3°. Il en est de même, si c'est le père de la femme qui a constitué la Dot.

4°. Enfin, si la constitution est l'ouvrage de la femme elle-même, le mari n'en répond pas : *nec quidquam judex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem qui de suo Dotem promisit, non urserit ad solutionem; multò minùs cur ipsam non convenerit.*

D'après cette loi, ou plutôt par une extension qu'il a cru pouvoir faire de ses dispositions, le parlement de Toulouse a jugé par un grand nombre d'arrêts rapportés par Catellan, liv. 4, chap. 46, et Graverol sur La Roche-Flavin, liv. 2, tit. 6, art. 18, qu'à la vérité le mari n'est responsable, par aucun laps de temps, de la Dot que sa femme s'est constituée à elle-même; mais que si la constitution a été faite, soit par un étranger, même *ex necessitate*, soit par le père de la femme, et que le constituant soit devenu insolvable après dix ans de mariage, le mari doit en répondre, parcequ'un aussi long terme est suffisant pour justifier sa conduite envers le bienfaiteur ou le père de sa femme, et qu'il doit par conséquent s'imputer de ne les avoir pas poursuivis (1).

Mais si, dans ce cas, la négligence du mari le charge de la restitution de la Dot envers sa femme, elle ne libère pas les débiteurs, et il peut agir contre eux tant qu'ils n'ont pas atteint la prescription trentenaire. Catellan, à l'endroit cité, rapporte un arrêt rendu à la Tournelle en 1664, qui le décide ainsi formellement.

On trouve aussi dans la collection d'Albert, au mot *Dot*, un arrêt du 9 mars 1643, qui préjugea que le laps de vingt-huit ans n'avait pas déchargé le constituant d'une Dot.]

[[L'art. 1569 du Code Napoléon porte que « si le mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la Dot, la femme ou ses héritiers pourront la répéter contre le mari, après la dissolution du mariage, sans être tenus de prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne justifiât de diligences inutilement par lui faites pour s'en procurer le paiement. »

Mais, comme l'on voit, cet article n'admet la présomption de paiement après dix années, qu'en faveur de la femme ou de ses héritiers, et contre le mari; il ne l'admet pas en faveur du père, du pa-

(1) Les arrêts que Catellan rapporte sur ce dernier point sont de 1664, du mois d'avril de la même année, du mois de mai 1665, du mois de septembre 1695, et du 9 février 1699.

Digitized by Google

rent ou de l'étranger qui a constitué la Dot; il conserve donc au mari tous ses droits contre le constituant qui n'est pas libéré par la prescription trentenaire. Il est donc parfaitement conforme à la jurisprudence du parlement de Toulouse.]]

[IX. Il arrive quelquefois que l'adirement du contrat de mariage laisse ignorer s'il y a eu une constitution de Dot, et si le paiement a été fait au temps même de cet acte. *V.* sur ce cas *Record de loi.*

§. IV. *Les contre-lettres sont-elles permises pour restreindre ou pour augmenter la Dot?*

I. Qu'une contre-lettre qui tend à restreindre la Dot ne puisse pas nuire à la femme, c'est un principe universellement reçu dans notre jurisprudence, et qui a été confirmé par un arrêt du parlement de Provence du 26 mai 1698.

Marguerite Roux, en mariant Isabeau Garnière, sa fille, à Joseph Paul, lui avait constitué en Dot une somme de 3,000 livres, à prendre sur les biens libres de son mari, et, en cas de déficit, sur ceux qu'il avait possédés à charge de substitution. Mais, par une contre-lettre passée entre la belle-mère et le gendre, il avait été convenu *que bien que la Dot constituée fût de* 3,000 *livres, elle n'était pourtant que de* 2,100 *livres.* Les substitués prétendirent restreindre à cette dernière somme la constitution dotale; mais, par l'arrêt, Isabeau Garnière obtint les 3,000 livres, parceque, dit M. de Bézieux, liv. 5, ch. p. 2, §. 5, la contre-lettre n'étant pas signée d'elle, ne pouvait lui nuire ni lui préjudicier. — Nous avons développé sous le mot *Contre-lettre*, les lois et les maximes qui ont motivé cette décision.

Mais ces lois et ces maximes produisent-elles leur effet indistinctement dans tous les cas et contre toutes sortes de personnes? Voici un arrêt du parlement de Normandie qui fixe les limites dans lesquelles elles doivent être resserrées.

Thomas Duval avait deux filles d'un premier mariage, et un fils d'un second lit, nommé Jacques. Le 16 mai 1707, il maria l'aînée de ses filles à Pierre Dugas; et, par le contrat de mariage, lui promit en Dot 2,500 liv., outre ses habillemens. Le 8 juin suivant, Dugas écrivit au bas du contrat un reçu de 1,000 liv.; le 4 juillet de la même année, il en écrivit un autre de 600 liv.; et le 30 octobre, il en ajouta un troisième de 900 liv. Ainsi Thomas Duval paraissait avoir acquitté entièrement sa promesse. Le jour du troisième reçu, c'est-à-dire le 30 octobre 1707, le beau-père et le gendre passèrent entre eux un acte par lequel le premier déclara que, « quoique Dugas eût reconnu avoir reçu de lui 2,500 liv. pour le montant des promesses de mariage faites à sa femme, la vérité était qu'il n'avait reçu que 1,000 liv.; le surplus, montant à 1,500 liv., n'ayant été employé au contrat que pour honorer son épouse. » — La femme de Dugas mourut la première, laissant une fille nommée Louise. Celle-ci, devenue majeure, et voyant son père remarié, exigea d'abord qu'il lui représentât son contrat de mariage. Le père ayant satisfait à cette demande, et Louise Dugas ayant en conséquence prétendu les 2,500 liv. qui avaient dû tenir nature de Dot à sa mère, il produisit la contre-lettre. A la vue de cet acte, Louise Dugas mit en cause Jacques Duval, fils du second mariage de Thomas Duval et son héritier; et elle conclut contre lui à ce que, sans avoir égard à la contre-lettre qui serait déclarée nulle, il fût condamné, comme tenu des faits et promesses de son père, au paiement des 1,500 liv. qui restaient dues de la constitution dotale faite à la première femme de Pierre Dugas. — Sentence qui dit, *à bonne cause l'action de Louise Dugas*, et condamne Jacques Duval à lui payer les 1,500 liv. avec intérêts. — Appel par celui-ci. — On disait, pour établir le bien jugé de la sentence, qu'aux termes de l'art. 388 de la coutume de Normandie, toute contre-lettre dérogeant à un contrat de mariage est nulle, lorsqu'elle est faite *au déçu des parens présens au mariage, et qui y ont signé.* — Jacques Duval répondait : « La demande originaire de la demoiselle Dugas a été formée contre le sieur Dugas, son père; c'est contre lui qu'elle a d'abord conclu au paiement de la Dot de sa mère, portée à 2,500 liv. par le contrat de mariage. Cette demande était juste, puisque le sieur Dugas a reconnu avoir touché cette somme; mais celui-ci ne peut exiger personnellement 1,500 liv. sur les 2,500 liv., puisqu'il a reconnu avoir reçu cette dernière somme. Le titre dont il voudrait se servir pour prouver qu'il n'a touché que 1,000 liv., établirait en même temps qu'il ne lui a pas été promis davantage. D'ailleurs, en rejetant ce titre comme prohibé par la loi, en ce qu'il aurait diminué la somme qui lui était promise pour la Dot de sa femme, il ne pourrait s'en servir pour anéantir les quittances qu'il a données de cette Dot au pied de son contrat de mariage. — Mais si le sieur Dugas ne peut, en divisant le titre de sa demande, obtenir une condamnation contre l'héritier du sieur Duval son beau-père, pourquoi la demoiselle Dugas aurait-elle plus d'avantage? On sait que la loi la favorise; qu'à son égard la contre-lettre ne peut diminuer la Dot de sa mère; mais ce n'est pas aux Duval qu'elle aurait dû s'adresser. Ce n'est pas Duval, son aïeul maternel, qui a reconnu avoir reçu les 2,500 liv. en Dot, et qui a donné ouverture à la répétition de cette Dot; c'est le sieur Dugas qui a passé cette reconnaissance, c'est donc sur lui que l'effet en doit retomber: le premier juge n'a donc pas dû condamner Jacques Duval; la demoiselle Dugas ne peut obtenir contre celui-ci une condamnation que le sieur Dugas, son père, aurait été lui-même non recevable à solliciter. — La contre-lettre est un acte réprouvé; mais les quittances données par le sieur Dugas ne le sont pas. Sans avoir égard à la contre-lettre, ni à toutes ses énonciations, aux termes de ses quittances, le sieur Dugas est donc le seul débiteur de la Dot de son épouse envers sa fille. — En un mot, les promesses de mariage sont sincères, aucune loi ne les annulle;

Digitized by Google

il en est de même des trois quittances de ces promesses: elles opèrent donc évidemment la décharge du sieur Duval; et il serait absurde qu'une contre-lettre, dont toutes les parties avouent la nullité, eût la force d'annuller et les quittances et le contrat de mariage qui ont, aux yeux de la loi, tous les caractères de sincérité et d'exactitude. »

Ces raisons ont triomphé; et, par arrêt du 1er juillet 1748, la sentence a été infirmée, et Jacques Duval déchargé, avec dépens, des condamnations prononcées contre lui.

II. Que doit-on penser des contres-lettres qui ne tendent qu'à augmenter la Dot? Brodeau, lettre C, §. 28, n. 9, fait entendre très clairement qu'elles sont valables: « Il n'y a (dit-il) que les contre-lettres qui vont contre la substance et la teneur du contrat de mariage, et qui en détruisent les clauses ou y dérogent, qui sont défendues, *quandò nempè deterior fit conditio Dotis*. Autre chose est des contre-lettres qui sont outre le contrat, qui y ajoutent quelque chose, l'exécutent, ou expliquent ce qui est douteux et obscur, et ne changent point la disposition ni la substance des conventions, auquel cas elles sont valables, comme il a été jugé par arrêt du lundi 16 mars 1618. »

C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Provence, du 6 mars 1714.

La dame de Bécheran avait marié la dame Thérèse Lombard de Gourdon, sa petite-fille, au fils de M. le président de Boulbon. Par le contrat de mariage elle lui avait constitué en Dot une somme de 12,000 livres; mais elle avait en même temps promis de vive voix qu'elle y ajouterait 1,000 écus; et, pour remplir cette promesse, elle fit, le 8 mars 1709, un billet conçu en ces termes: « Je soussignée reconnais devoir à M. le président de Boulbon, la somme de 3,000 livres, pour pareille que j'ai promis de donner à dame Thérèse de Lombard de Gourdon, ma petite-fille, en augmentation de sa Dot, lors de son contrat de mariage avec M. le comte de Boulbon, pour lui être payées dans l'an de mon décès, avec intérêts, à compter du jour d'icelui, à condition qu'il en sera passé une reconnaissance, par lesdits sieurs président et comte de Boulbon, en faveur de madite fille: je déclare en outre, qu'au cas que la communauté d'Arles voulût payer en biens, ou indiquer les capitaux que j'ai cédés auxdits sieurs président et comte de Boulbon, dans le contrat de mariage de ma petite-fille, le 27 mai 1708, ils pourront me reudre lesdits capitaux; et audit cas, mon héritier et moi serons obligés de les payer en autres capitaux, portant pensiou au denier 20, sons les mêmes conditions, ou bien en deuiers à mon choix et de mes héritiers. — Après la mort de la dame de Bécheran, le sieur et la dame de Gourdon, l'un son gendre, l'autre sa fille et héritière, refusèrent le paiement des 3,000 livres, sous prétexte que l'obligation qu'en avait contractée la défunte était une contre-lettre prohibée tout à la fois et par les maximes qui défendent de rien changer aux contrats de mariage, hors la présence de tous les parens de qui ils sont signés, et par le sénatus-consulte Velleïen qui, à la vérité, laisse aux femmes la liberté de s'obliger pour Dot, mais restreint cette liberté aux constitutions dotales faites avant le mariage, ainsi que l'établit M. Favre en son Code, titre *ad Velleïanum*. — Pour faire mieux valoir ces moyens, ils prirent des lettres de rescision contre le billet qui renfermait cette obligation. — L'affaire mise en compromis, il intervint, le 4 octobre 1712, une sentence arbitrale qui rejeta les lettres de rescision, et ordonna l'exécution de l'acte contre lequel on les avait obtenues. — Sur l'appel au parlement d'Aix, on disait, en faveur de la sentenee, 1° que la dame de Bécheran ne s'était pas obligée pour autrui, qu'elle n'avait cautionné aucune dette, mais qu'elle en avait créé une, et que sûrement il n'y avait en cela aucune contravention au sénatus-consulte Velleien; 2° que les contre-lettres n'ont rien d'illicite, qu'elles sont au contraire très favorables, lorsque, loin de préjudicier aux mariés, elles font leur avantage. — Par l'arrêt cité, la cour mit l'appellation au néant. — « J'étais des juges (dit M. de Bézieux, liv. 5, ch. 2, §. 6), et de cet avis qui fut unanimement suivi. Car il n'y a que les contre-lettres qui vont contre la substance et teneur du contrat, et qui en détruisent les clauses ou y dérogent, qui soient défendues: *Quandò nempè deterior fit conditio Dotis per pactum*, comme dit Brodeau. »]

[[Cette jurisprudeuce ne pourrait plus être appliquée dans toute son étendue à des contre-lettres qui se réfèreraient à des contrats de mariage passés depuis la publication du Code Napoléon.

On a déjà vu, §. 2, n. 4, que la Dot ne peut plus être *ni constituée ni augmentée pendant le mariage*; et comme il résulte de là que, dans l'intention du Code Napoléon, le contrat de mariage est le seul acte qui puisse imprimer aux biens de la femme le caractère de biens dotaux, il est évident que la contre-lettre par laquelle on augmenterait la Dot d'une femme ne pourrait pas rendre dotaux, *à l'egard des tiers*, les objets qui seraient compris dans cette augmentation; ou que du moins elle ne pourrait produire cet effet que dans le cas où elle aurait été *rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage*. *V.* le Code Napoléon, art. 1397.]]

§. V. *De quelles conventions la Dot est-elle susceptible.*

Les Romains regardaient les Dots comme intéressant l'ordre public, en ce qu'elles facilitent les mariages, qui sont le plus ferme appui des empires: *Reipublicæ interest mulieres Dotes salvas habere propter quas nubere possint.* (Loi 2, D. *de jure Dotium*.) C'est pourquoi ceux qui dotent peuvent faire toutes les conventions qui tendent à rendre la condition de la femme meilleure: on peut stipuler que les meubles seront convertis en immeubles; que l'argent comptant sera employé en acquisition d'héritages; et que la Dot sera restituée dans un temps plus court que celui qui est fixé par la loi. Mais

Digitized by Google

toutes les conventions qui tendent à priver la femme de sa Dot en tout ou en partie, ou à en reculer la restitution au-delà du terme fixé par la loi, sont nulles. Ces nullités sont relatives à la femme, en cas qu'elle survive à son mari. — [[*V.* les lois 2, 14, 15 et 16, D. *de pactis Dotalibus ;* et la loi 1, §. 1, D. *de Dote prælegatâ.*]]

On peut stipuler que, dans le cas où la femme décéderait la première, le mari gagnera la Dot en tout ou en partie, et à plus forte raison qu'il la rendra dans deux, trois, quatre ans. — [[*V.* la loi 12, D. *de pactis Dotalibus ;* la loi 26, §. 2, du même titre; et la loi 6, C. *de pactis conventis.*]]

Les conventions qui tendent à changer la nature de la Dot sont également nulles : par exemple, s'il était dit que le mari ne gagnera pas les fruits de la Dot mais qu'au fur et à mesure qu'ils seront perçus, il en sera fait des capitaux pour être restitués lors de la dissolution du mariage, cette convention serait nulle, par la raison que la Dot étant destinée à supporter les charges du mariage, ce serait la rendre inutile, et ne laisser au mari que le droit infructueux d'un séquestre.

[[C'est ce qu'établissent, avec quelques modifications, les lois 4, 11 et 12, §. 1, D. *de pactis Dotalibus ;* et la loi 21, §. 1, D. *de donationibus inter virum et uxorem.*

Mais n'y a-t-il pas un peu trop de subtilité dans ces lois; et dès-lors, ne devons-nous pas les abandonner, même comme raison écrite, sur-tout depuis que la loi du 30 ventose an 12 a dit en général que le droit romain ne faisait plus loi, à compter de la promulgation du Code Napoléon ?

C'est un principe incontestable que la nature des contrats se détermine, non par les dénominations que les parties leur donnent, mais par la substance des clauses qu'ils renferment. Or, que fait une femme qui, en se mariant sous le régime dotal, se réserve tous les fruits des biens qu'elle se constitue en Dot? Elle déclare implicitement que les biens qu'elle se constitue en Dot ne seront dotaux que de nom; et par conséquent, qu'elle les possèdera comme paraphernaux : car c'est comme paraphernaux que la femme possède *tous les biens qui n'ont pas été constitués en Dot :* ce sont les termes de l'art. 1574 du Code Napoléon; et l'on sent assez que par ces mots *constitués en Dot,* il entend une constitution effective et non une constitution purement nominale.]]

On peut au surplus convenir, lorsque la Dot est considérable, que ses revenus formeront des capitaux dont le mari aura la jouissance : par exemple, une femme se constitue en Dot un usufruit qu'elle a, montant annuellement à 100,000 livres, et stipule que ces 100,000 livres seront employées tous les ans en rentes dont le mari aura la jouissance; mais une pareille convention serait nulle, si elle réduisait à presque rien la jouissance du mari suivant son état et sa condition. (Loi 4, D. *de pactis Dotalibus.*)

[[« Il peut être convenu, par le contrat de mariage, que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie des revenus (*de* ses biens dotaux), pour son entretien et ses besoins personnels. » *Code Napoléon,* art. 1549.]]

On ne peut pas stipuler que le mari ne sera pas garant des pertes arrivées par sa faute ou par sa négligence. Une telle convention tendrait à frustrer la femme. — De même, on ne peut pas dire que le mari n'agira pas contre sa femme pour les choses qu'elle aura détournées, ni qu'on ne pourra pas révoquer les donations faites pendant le mariage; *quia alterd parte ad furandum mulieres invitantur, alterd jus civile impugnatur.* (Loi 5, §. 1, D. *de pactis Dotalibus.*)

Dans le doute, il faut interpréter les conventions en faveur de la Dot; c'est pourquoi, si un père avait stipulé qu'on ne pourrait pas exiger de lui le paiement de la Dot, cette convention devrait s'entendre en ce sens, que la Dot ne serait pas exigible du vivant du père, mais que son héritier serait tenu de l'acquitter.

Suivant le droit romain, le père ne pouvait être poursuivi pour le paiement de la Dot par lui promise, qu'autant que ses facultés le permettaient, sans qu'il tombât dans l'indigence. [[Loi pén., D. *de jure Dotium ;* lois 21 et 22, D. *de re judicatâ ;* loi 63, D. *pro socio.*]]—On n'observe pas parmi nous cette disposition; le père peut être contraint pour la Dot comme pour toute autre dette.

Le mari a hypothèque sur les biens de son beau-père dès le jour de son contrat de mariage; si le contrat n'emporte pas hypothèque, comme quand il est passé en pays étranger, le mari a une hypothèque légale du jour de la bénédiction nuptiale.—Ce qu'on dit du mari s'applique à tous ceux qui ont droit d'exiger la Dot. [[*V. Hypothèque.*]]

Dans les pays où le mariage n'émancipe pas, le père qui a son fils marié sous sa puissance peut poursuivre le paiement de la Dot de sa bru, parce que c'est lui qui supporte les charges du mariage. [[*V. Puissance paternelle* et *Émancipation.*]]

[§. VI. *Les pères, mères, tuteurs ou autres peuvent-ils stipuler le retour de la Dot ?*

Oui, ils peuvent stipuler le retour de la Dot qu'ils donnent; mais, s'ils apposaient une pareille condition à une Dot qui ne proviendrait pas d'eux, elle serait nulle.

C'est ce que décide l'art. 21 du ch. 29 des chartes générales du Hainaut : « Parens en ligne collatérale (porte-t-il), manbours, tuteurs et entremetteurs ne pourront apposer clauses de retour à leur profit, ou de leurs hoirs, traitant le mariage de leurs prochains, ni de ceux dont ils auraient l'administration de leurs biens, à peine de nullité, si non pour don ou avancement que lesdits collatéraux, manbours, tuteurs et entremetteurs feraient de leurs propres biens. »]

[[Cette disposition est rendue commune à toute la France, par l'art. 951 du Code Napoléon.

V. au surplus ci-après, §. 17, et *Réversion.*]]

Digitized by Google

§. VII. *Quels sont les droits du mari sur les biens dotaux, et en quels cas lui appartiennent-ils?*

I. Pour expliquer quels sont les droits du mari sur les biens que sa femme lui a apportés en Dot, il faut distinguer si ce sont des immeubles ou des meubles.

Si ce sont des meubles de nature à n'en pouvoir tirer aucune utilité qu'en les consommant, comme de l'argent comptant, du vin, etc., le mari en a la pleine propriété; il en dispose comme il lui plaît, à la charge d'en rendre une quantité pareille de même valeur et bonté. Si ces sortes de choses avaient été estimées, le mari n'en devrait que le prix.

Si ce sont des meubles qui ne se consomment pas par l'usage, et dont on puisse jouir sans en détruire la substance, ou si ce sont des immeubles, il faut encore distinguer s'ils ont ou n'ont pas été estimés.

Les choses estimées sont censées vendues au mari, il en devient propriétaire et n'en doit restituer que le prix. S'il est troublé dans sa jouissance, il a un recours en garantie contre celui qui a constitué la Dot. S'il a été trompé et que l'estimation ait été au-dessus de la valeur de la chose, il peut se faire restituer. L'estimation diffère de la vente, en ce que, pour faire rescinder un contrat de vente, il faut que la lésion soit d'outre moitié; au lieu qu'il suffit d'une lésion quelconque pour faire rescinder l'estimation: il en est de même à l'égard de la femme, lorsque l'estimation est faite au-dessous de la valeur de la chose, soit que les contractans fussent majeurs, soit qu'ils fussent mineurs au temps de l'estimation, à cause de la bonne foi qui doit régner dans ces sortes de contrats: *Si in Dote dandâ circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum est, cùm bono et æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* [[Loi 6, §. 2, D. *de jure Dotium.*]]

Observez que l'estimation ne produit pas toujours une vente; elle n'est faite quelquefois que pour constater la valeur des choses au temps de la constitution, et afin de pouvoir répéter contre le mari les dommages et intérêts à cause des dégradations arrivées par sa faute. On juge que les parties n'ont pas eu intention de vendre, quand il paraît que la restitution des biens doit être faite en nature: sans cela, la chose estimée est présumée vendue. [[Loi 69, §. 7, D. *de jure Dotium.*]]

Nous ne regardons pas en pays coutumier l'estimation des immeubles comme opérant une vente. A l'égard des meubles, on n'en fait pas d'état pour l'ordinaire; on se contente de dire que la femme a apporté telle somme en effets, bijoux, linges et hardes, dont le mari se charge pour le prix qu'ils ont été estimés.

[[Le Code Napoléon fait, à cet égard, une distinction entre les meubles et les immeubles. Voici ses termes:

« *Art.* 1551. Si la Dot ou partie de la Dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire, et n'est débiteur que du prix donné au mobilier.

» 1552. L'estimation donnée à l'immeuble constitué en Dot n'en transporte point la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration expresse. »]]

II. Le mari a sur les choses non estimées une propriété semblable à celle du grevé de substitution. Dumoulin, dans son commentaire sur la coutume de Paris, titre *des Douaires*, explique en peu de mots quels sont les droits du mari: *Vir, constante matrimonio, vocatur dominus et fructus lucratur; nec tamen potest alienare; et, soluto matrimonio, Dos redit ad uxorem et heredes ejus.* (Loi 5, §. 3, loi 75, D. *de jure Dotium;* loi 13, §. *Dotale*, D. *de fundo Dotali.*)

Il peut, comme mari, se dire seigneur des fiefs qui appartiennent à sa femme; il doit la foi et hommage, et contraint les vassaux de sa femme à la lui rendre; il saisit féodalement leurs fiefs, et donne main-levée des saisies qui sont faites. Il diffère de l'usufruitier, en ce que celui-ci ne peut saisir qu'après avoir mis le propriétaire en demeure par une sommation, et que le propriétaire peut donner main-levée de la saisie, quand l'usufruitier a reçu ses droits; au lieu que la propriété de la femme dort, pour ainsi dire, et repose entre les mains du mari pendant le mariage.

Il présente aux bénéfices dont sa femme a le patronage.

[[Il n'y a plus ni fiefs ni bénéfices; mais il est encore bon de se rappeler ces anciennes maximes, parcequ'elles sont très propres à donner une juste idée des droits du mari sur les biens dotaux.]]

Il peut, en sa qualité de mari, intenter les actions pétitoires et possessoires.

[[L'art. 1549 du Code Napoléon porte que « le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage, et qu'il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs. »]]

III. Le mari n'est pas obligé d'entretenir les baux faits par ceux qui ont constitué la Dot, soit que les biens aient été estimés, soit qu'ils ne l'aient pas été; car, au premier cas, il est acquéreur, et peut user du bénéfice de la loi *Emptorem* 9, C. *de locato conducto.* Au second cas, les maisons et héritages sont censés faire partie des biens du mari. *Si res in Dote detur, puto in bonis mariti fieri.* (Loi 7, §. 3, D. *de jure Dotium.*) Il est acquéreur à titre singulier. Il faut au moins le regarder comme un usufruitier, qui, aux termes de la loi *Arbores* 59, D. *de usufructu*, a le droit d'expulser le fermier; mais il est garant de l'indemnité due à ce fermier.

[[Aujourd'hui, l'acquéreur à titre singulier ne peut pas plus expulser le fermier, que ne le pourrait un successeur à titre universel: la loi *Emptorem* est abrogée par le Code Napoléon. *V. Bail*, §. 13.]]

IV. Le mari peut-il recevoir le remboursement des rentes que sa femme lui a apportées en Dot?

Le Brun, *de la Communauté*, liv. 2, chap. 2,

Digitized by Google

n. 20, décide que le mari ne le peut pas en pays de droit écrit : il fonde son opinion sur la loi *cùm maritum* 11, D. *de solutionibus*, et sur deux arrêts, l'un du 29 octobre 1596, et l'autre du 18 décembre 1610.

Pour résoudre cette question, qui ne fait difficulté que parcequ'on s'attache trop à la qualité d'immeubles qu'il a plu de donner aux rentes, il faut examiner quelle est la nature de cette espèce de bien. Une rente n'est autre chose qu'une créance produisant intérêt, dont le créancier ne peut exiger le principal, mais que le débiteur peut rembourser quand il lui plaît. Or, une créance est un être de raison qui n'est pas plus meuble qu'immeuble; on a donné à la rente la qualité d'immeuble, à cause qu'elle produit des fruits civils, comme une maison produit des loyers; mais ces fruits ne naissent et ne se recueillent qu'autant qu'il plaît au débiteur de la rente, qui les fait cesser en la rachetant, et par-là détruit la qualité d'immeuble qui lui est étrangère. Supposez un débiteur qui, ayant fait des offres valables, consigne le capital de sa rente, après l'avoir fait ordonner avec le créancier, ce débiteur est libéré du jour de la consignation, et les intérêts de la rente ont cessé de courir du jour de ses offres. De ce jour, la rente n'a pu être considérée comme immeuble, elle a cessé d'avoir la moindre ressemblance avec ce genre de bien; ce n'était plus qu'une somme d'argent dont le séquestre était devenu débiteur, et dont le mari avait droit de jouir comme faisant partie des biens dotaux.

Puisque le débiteur est le maître de faire cesser la rente quand il lui plaît, le mari doit recevoir le remboursement qui lui est offert, sans obliger le débiteur à faire des offres réelles, ni à consigner; car cette formalité devient inutile et gênante. La décision de la loi *cùm maritum* ne peut s'entendre que d'une créance sur laquelle le mari n'avait aucun droit, et qui était un effet paraphernal de sa femme : *cùm maritum tuum à debitoribus tuis, minoris viginti quinque annis constitutæ, velut ex causâ debiti aliquas accepisse quantitates, nec tamen te consensum accommodasse significes, nullum tibi potuit præjudicium fieri, nisi factam solutionem post majorem ætatem ratam feceris.*

Cette loi parle d'une créance qui appartenait à la femme, et ne peut s'appliquer à la Dot; car, loin que le mari ait besoin du consentement de sa femme pour exiger le paiement des débiteurs de deniers dotaux, c'est à lui seul qu'il appartient de les poursuivre, suivant la loi 11, C. *de jure Dotium*. Il en est de même responsable lorsqu'il a négligé de le faire.

On peut encore dire que le mari étant, comme un grevé de substitution, propriétaire avec charge de rendre, et que le grevé pouvant recevoir le remboursement des rentes (aux termes de la loi 104, D. *de solutionibus*, et de l'art. 15 du tit. 2 de l'ordonnance du mois d'août 1747), le mari doit avoir le même droit, et le débiteur de la rente être valablement libéré par le paiement qu'il lui fait : cela a été jugé par différens arrêts, notamment par ceux des 9 juin 1648, 27 mars 1691, et 4 juin 1714.

[Dans l'espèce de ce dernier arrêt, les marchands merciers, voulant se libérer d'une rente de 2,000 l. au principal de 40,000, constituée à la dame Cadeau avant son mariage, demandaient, qu'attendu sa minorité et son assujétissement à la puissance maritale, M. Cadeau, conseiller, son mari, fût tenu de provoquer un avis de parens pour se faire autoriser à recevoir le remboursement qu'ils se proposaient de lui faire. Une sentence des requêtes du palais, du 18 décembre 1713, les avait déboutés de cette demande; et l'arrêt l'a confirmée sur les conclusions de M. Chauvelin, avocat général.

La cour des aides de Paris a également jugé, par arrêt du 26 août 1729, au rapport de M. Héricart de Thury, à la troisième chambre, que le mari seul pouvait recevoir le remboursement des capitaux des rentes de sa femme. Cet arrêt a été rendu contre la dame Després de La Salle, dans l'ordre de la terre de Bonnet, située dans la coutume de Chaumont en Bassigny.

On a encore jugé au châtelet, le 15 juillet 1738, que le sieur de Magny pouvait recevoir le remboursement d'une rente au principal de 30,000 liv., nonobstant l'opposition de son épouse qui en demandait le remploi et s'était fait autoriser par justice à cet effet. Le motif de cette décision a été que, quoique la femme ait une action pour le remploi de ses rentes remboursées au mari, elle ne peut exiger ce remploi tant que la communauté subsiste. Prétend-elle que ses fonds sont en péril, parceque son mari est dissipateur? qu'elle se fasse séparer de biens, c'est la seule voie qui lui est ouverte.

La question s'est encore représentée deux fois en 1761.— La première, il est intervenu, le 21 janvier, un arrêt par lequel la première chambre des enquêtes, les autres consultées, a infirmé une sentence du bailliage de Sézanne contraire à la jurisprudence qu'on vient d'établir, et confirmé celle de la prévôté de la même ville, qui avait jugé valable le remboursement fait au mari seul, pendant la communauté, d'une rente propre à sa femme, laquelle avait depuis renoncé à la communauté, et poursuivait le débiteur comme n'étant point libéré valablement.— La seconde fois, un arrêt du 3 juin, rendu à la grand' chambre, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, plaidant MM. d'Outremont et Babille, a jugé que le sieur de Rochechouart, majeur, pouvait recevoir le remboursement des capitaux des rentes appartenantes à sa femme mineure, nonobstant l'opposition de la dame Boucher, sa belle-mère, qui prétendait l'assujettir à en faire emploi.— Ces deux arrêts sont rapportés par Denizart, au mot *Remboursement*.]

Long-temps avant que ces arrêts fussent rendus, Bretonnier, sur la *question* 66 de Henris, attestait que c'était une jurisprudence constante au parlement de Paris. Le débiteur, disait-il, a la liberté perpétuelle de se libérer quand il lui plaît; ainsi, si la rente procède du chef de sa femme, elle ne

Digitized by Google

peut pas empêcher que son mari ne reçoive le remboursement du sort principal. La seule difficulté qu'il peut y avoir sur cela, est de savoir si le mari a besoin du consentement de sa femme. Autrefois cette question était fort controversée ; mais à présent c'est une maxime certaine au palais, que le mari peut recevoir le remboursement des rentes de sa femme, sans avoir besoin de son consentement. On regarde cela comme un acte d'administration.

Fromental, dans ses Décisions du droit civil, au mot *Dot*, rapporte un arrêt rendu au parlement de Toulouse, le 22 avril 1705, qui décide, par forme de réglement, que les capitaux des rentes sur la province peuvent être valablement remboursés aux maris, quoique les rentes aient été constituées en Dot à leurs femmes.

Une autre observation. Si l'on regardait le rachat d'une rente comme une aliénation du fonds dotal, il s'ensuivrait que le remboursement ne pourrait pas être valablement fait, même du consentement de la femme ; car elle ne peut pas consentir à l'aliénation du fonds dotal ; il en resulterait que le débiteur pourrait rembourser, parceque cette faculté est de l'essence de la rente constituée, et cependant que les créanciers de la rente ne pourraient pas la recevoir ; ce qui est absurde.

[La Normandie a sur cette matière des principes tout-à-fait singuliers.

Lorsque le mari a reçu le remboursement d'une rente appartenant à sa femme, et qu'il devient insolvable, le débiteur reste obligé envers la créancière.

C'est ce qu'établissent divers arrêts du parlement de Rouen. Le premier est du 1 juillet 1524 : il condamne le débiteur d'une reute dotale à la reconstituer à la femme à qui elle appartenait, malgré le rachat qu'il en avait fait entre les mains du mari devenu insolvable.

Le second est de 1539 : c'est celui qui a modifié l'ordonnance de François Ier, portant permission de racheter les rentes au denier quinze. Voici comment il s'explique à cet égard : « pareillement des rentes qui appartiendraient aux femmes mariées, si elles etaient rachetables de leur nature, et qu'elles fussent du propre desdites femmes, les deniers en provenans seront baillés et delivrés au mari, s'il est notoirement solvable, pour les employer le plus tôt que faire se pourra en acquisitions d'héritages ; ou, si le mari est insolvable, sera l'argent deposé en main bourgeoise ; et, la remplette faite, appele le mari et prochains parens de la femme. » (Terrien, liv. t, page 164 et suiv.)

Depuis, et par un autre arrêt du 15 janvier 1547, le parlement de Normandie a encore obligé le débiteur d'une rente dotale de la continuer à la femme, quoiqu'il l'eût remboursée au mari.

Cette jurisprudence a-t-elle lieu à l'égard des rentes affectées sur des héritages situés en Normandie, mais appartenant à des femmes qui sont, ainsi que leurs maris, domiciliées dans une coutume où, conformément au droit commun, le débiteur ne court aucun risque en remboursant entre les mains du mari ? Basnage, art. 539, rapporte un arrêt du 9 mars 1679 qui préjuge l'affirmative. En voici l'espèce :

Pierre Viel, bourgeois d'Elbœuf, constitua, en 1648, 100 liv. de rente au profit d'Alexis Lemetez, de Rouen. Celui-ci transporta cette rente au nommé Gaillard, son gendre, qui laissa deux filles, dont l'une épousa Guillaume de La Folie, et l'autre Denis Daudin, tous deux demeurant à Paris. — En 1675, Viel vendit un heritage à Louis de Flavigny, et stipula entre autres choses, que l'acquéreur serait tenu d'acquitter, à sa decharge, la rente de 100 liv. aux representans de Lemetez, qui etaient de la Folie et Daudin. — Ceux-ci firent assigner Louis de Flavigny devant le juge d'Elbœuf, en paiement des arrerages qui leur etaient dus. — Louis de Flavigny leur offrit, non seulement les arrérages, mais même le principal, *en baillant par eux caution en remplacement*, parceque cette rente tenait à leurs femmes nature de bien dotal. — De La Folie et Daudin prétendirent qu'etant domiciliés à Paris, et faisant intervenir leurs femmes dans les contrats de rachat, ils n'etaient obligés ni de donner caution ni de faire le remploi du principal de la rente. — Le juge d'Elbœuf ayant ordonné qu'ils feraient le *remplacement* dans l'etendue du bailliage de Rouen, ils en interjetèrent appel au parlement de Normandie. — Ils disaient que, suivant la jurisprudence du parlement de Paris, les rentes constituées se réglaient par la coutume du domicile du creancier ; qu'on l'avait même jugé de la sorte en Normandie pour un partage de succession ; qu'ainsi la rente dont il s'agissait n'était sujette qu'à la coutume de Paris, suivant laquelle la femme peut vendre et engager ses propres, sans pouvoir troubler les acquereurs. — Basnage, qui defendait l'intimé, commença par etablir deux principes ; le premier, qu'encore que la femme ait consenti à la vente de son bien, neanmoins elle peut le reprendre suivant les art. 539 et 540 de la coutume de Normandie, lorsque les acquereurs ne peuvent lui fournir un remplacement valable sur les biens du mari (*V.* ci-après, §. 8) ; le second, que les coutumes sont réelles ; que les particuliers n'y peuvent déroger par aucune stipulation, en quelque lieu qu'ils contractent ; que dès-lors, si la rente dont il s'agissait était un véritable immeuble assis en Normandie, il fallait nécessairement qu'elle fût soumise aux art. 539 et 540 de la coutume de cette province. — Ces principes posés, Basnage fit voir qu'en Normandie les rentes constituées ne sont point attachées à la personne du créancier, et qu'au contraire elles suivent la nature et la condition des biens qui leur sont affectés. — Il ne s'agit pas (continua-t-il) de partage, mais de savoir si les femmes mariées peuvent aliéner leurs immeubles de Normandie sans donner remplacement. Or, comme les appelans peuvent changer de domicile, il *arriverait, s'ils venaient demeurer en Normandie*, que la rente reprendrait la nature d'un bien de Normandie ; par-là, l'intimé

Digitized by Google

demeurerait exposé aux poursuites de leurs femmes; et il ne suffit pas de dire que la capacité de contracter se détermine et s'apprécie suivant le temps du contrat; car cette maxime n'est véritable que quand il s'agit du fait de la personne, et non de la réalité des coutumes. — Sur ces raisons, l'arrêt cite infirma la sentence, en ce qu'elle avait ordonné aux appelans de faire le remplacement dans l'étendue du bailliage de Rouen seulement; et faisant droit par jugement nouveau, les condamna à donner caution ou remplacement en Normandie.

Cet arrêt a été suivi d'un autre du 18 juin 1682, qui est plus précis. — Le sieur Le Vaillant, qui demeurait en Normandie et y avait tous ses biens, avait marié sa fille à un gentilhomme du Beauvoisis, et lui avait donné pour Dot une rente de 75 liv. à prendre sur tous ses immeubles. Le mari et la femme vendirent conjointement cette rente à un nommé Fonet: mais après la mort de la femme qui ne laissait qu'une fille mineure, les religieuses de Fontaine-Guerard, à qui était due la pension de cet enfant, firent saisir entre les mains du sieur Le Vaillant fils ce qu'il pouvait devoir de la rente, comme héritier de son père. Le sieur Le Vaillant fils, qui était tuteur de la mineure, mit en cause Fouet, et conclut à ce que, faute par lui d'indiquer un emploi fait en Normandie lors de l'aliénation de la rente, son contrat fût déclaré nul et résolu. Le juge de Lions ayant prononcé en cette conformité, Fouet en interjeta appel, et soutint que la femme de qui il avait acheté, ayant son domicile dans la coutume de Beauvais, c'était par cette coutume et non par celle de Normandie que l'on devait décider si elle avait pu ou non vendre irrévocablement la rente constituée dont il s'agissait. Le tuteur répondait « que l'aliénation faite par la femme ne pouvait subsister qu'en donnant un remplacement; que l'acquéreur y était indispensablement obligé, puisque la rente avait été promise par un père qui avait tous ses biens en Normandie, et qu'elle était encore due en Normandie; ce qui faisait que cette rente était un bien de Normandie sujet à remplacement. » — Fouet offrait de donner ce remplacement dans la coutume de Beauvais: mais on jugea qu'il fallait le donner en Normandie; et l'arrêt cité confirma purement et simplement la sentence.

La même chose a été jugée par un autre arrêt plus récent. — Le 17 octobre 1744, contrat de mariage passé à Lyon, entre le sieur de Cheissac, domicilié en cette ville, et la demoiselle Nivelle de La Chaussée qui se constitue en Dot 3,000 livres, ainsi que tous ses biens présens et à venir. — Quelque temps après, les deux époux transfèrent leur domicile à Paris. — En 1755, il échoit à la femme une succession dont tous les biens étaient en Normandie. — Du nombre de ces biens, était une rente de 75 livres avec hypothèque sur des immeubles de la même province. — Après cette succession échue, le sieur de Cheissac se retire dans le Quercy, province gouvernée par le droit écrit. — En 1760 il vient en Normandie; et, en vertu d'une procuration de son épouse, reçoit du sieur de La Cornière, le remboursement de la rente de 75 livres. — En 1762, tous les meubles du sieur de Cheissac sont saisis; sa femme se fait séparer de biens et obtient contre lui une provision de 160 liv. — En 1764, elle fait sommer le sieur de Cheissac de lui payer cette provision; et sur sa déclaration de ne le pouvoir, elle fait vendre tous ses meubles. — En 1766, elle passe en Normandie, et fait assigner le sieur de La Cornière au bailliage de Falaise, pour lui payer les arrérages de la rente de 75 livres du jour de la séparation. — Le sieur de La Cornière oppose la quittance du mari dont il est porteur, et qui n'a été donnée qu'en vertu d'un pouvoir exprès de la femme. — Malgré cela, il intervient, le 20 décembre de la même année, sentence qui le condamne à continuer la rente, sauf son recours contre le sieur de Cheissac. — Appel. Ses moyens étaient que les rentes constituées en pays de droit écrit sont réputées meubles; qu'ainsi, l'on devait regarder comme mobilière la rente dont il s'agissait, puisque le créancier était domicilié en pays de droit écrit; que dès-là, on ne pouvait pas la soumettre à la coutume de Normandie. — La dame de Cheissac répondait: suivant les maximes normandes, c'est par la nature des biens sur lesquels les rentes sont affectées, que se règle la nature des rentes elles-mêmes. La rente de 75 livres est due sur des biens situés dans le ressort du parlement de Normandie; c'est donc par les dispositions de la coutume de Normandie que doit être décidée la contestation à laquelle son remboursement donne lieu. Or, en Normandie, où les rentes sont immeubles, le mari doit récompense à sa femme des rentes dont il reçoit le rachat; et, s'il devient insolvable, le débiteur de la rente n'est pas libéré envers sa créancière. — Par arrêt du 4 août 1769, la sentence qui condamnait le sieur de La Cornière a été confirmée avec amende et dépens.

Dans la partie du Hainaut qui est régie par la coutume de Mons, on suit à peu près les mêmes maximes qu'en Normandie, par rapport aux rentes immobilières qui tiennent nature de propres aux femmes mariées. Lorsque le mari n'a pas les qualités requises par cette coutume pour pouvoir aliéner les biens de sa femme, il ne peut pas recevoir pour elle le remboursement de ces sortes de rentes; et les débiteurs ne peuvent se libérer qu'en consignant leurs capitaux entre les mains du mayeur du lieu où est situé l'hypothèque. [*V. Mayeur* et *rente constituée*.]

[[Ces exceptions locales à la maxime de droit commun établie ci-dessus sont abrogées. L'art 1549 du Code Napoléon porte que la mari *a seul le droit de recevoir le remboursement des capitaux* constitués en Dot à son épouse.

V. Il ne faut cependant point conclure de là que le mari puisse renoncer, moyennant une somme d'argent, à l'action dotale de sa femme en liquidation ou delivrance d'une légitime, ou pour parler le langage du Code Napoléon, d'une *réserve* sur les immeubles comme sur les meubles qui forment la

Digitized by Google

succession de son père, de sa mère, ou de tout autre ascendant. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 5, page 537.]]

VI. Les fruits du fonds dotal appartiennent au mari. [[*Code Napoléon*, art. 1549.]]

On met au nombre des fruits le croît des troupeaux; mais le mari doit conserver le même nombre des bestiaux et remplacer ceux qui meurent.

La coupe des taillis, la pêche des étangs lui appartiennent.

Il ne peut faire ouvrir des carrières, ni abattre des futaies; il peut seulement en prendre pour faire les réparations nécessaires. Les arbres morts ou ceux qui sont arrachés par la violence du vent ne lui appartiennent pas.

[[En un mot, le mari a sur les biens dotaux tous les droits d'un usufruitier. *V. Usufruit.*

Mais aussi il « est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier. » C'est la disposition de l'art. 1562 du Code Napoléon.

Et cet article ajoute qu'il « est responsable de toutes prescriptions acquises et détériorations survenues par sa négligence. »]]

VII. Le mari ne peut pas faire la remise des servitudes qui sont dues au fonds dotal ni en constituer sur ce fonds. Si c'est un bien du mari qui doit la servitude, elle est éteinte durant le mariage suivant la subtilité du droit, qui regarde le mari comme propriétaire des biens dotaux et dans les mains duquel les droits se confondent. Mais, arrivant la dissolution du mariage, le mari doit rétablir la servitude. [[Loi 7, §. 1, D. *de fundo Dotali.*]]

§. VIII. *L'aliénation de la Dot est-elle permise, et comment? Quel est l'effet du cautionnement qui a pour objet d'en garantir l'irrévocabilité?*

Le mari ne peut aliéner ni hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, sinon en certains cas:

1° Pour nourrir sa famille, lorsqu'il est tombé dans l'indigence;

2° Pour se racheter, racheter sa femme ou les parens de sa femme de captivité ou de prison;

3° Pour doter ses enfans;

4° Le fonds dotal peut être aliéné par la voie de l'échange ou pour toute autre cause avantageuse à la femme.

Dans tous ces cas, le mari et la femme doivent se faire autoriser par le juge, qui ne doit permettre de vendre qu'en connaissance de cause, sur les preuves de la nécessité, ou après une enquête qui en constate l'utilité.

Il faut entendre par fonds dotal l'immeuble constitué en Dot sans estimation; car le mari est propriétaire comme acquéreur de celui qui a été estimé. [[Mais *V.* ci-devant, §. 7, n. 1.]]

Si la femme a le choix de reprendre l'héritage ou l'estimation, le mari ne peut vendre le fonds estimé au préjudice de sa femme.

Dans les provinces où le mari survivant gagne la Dot, la validité de la vente du fonds dotal est en suspens pendant le mariage. Si la femme prédécède, elle est confirmée; au contraire, si elle survit, elle est nulle.

C'est une question fort controversée si, de ce que le mari ne peut pas aliéner le fonds dotal, même avec le consentement de sa femme, on peut conclure que la femme elle-même est incapable d'une pareille aliénation, lorsqu'elle est autorisée à la faire par son mari?

Il est un point constant en fait d'aliénation à titre onéreux, et de donations en faveur de mariage: c'est que le mari ne serait pas recevable à critiquer ce que sa femme aurait fait avec son consentement; et qu'après avoir souscrit à la vente ou à la donation, il ne pourrait pas troubler l'acquéreur. Fromental rapporte un arrêt du 4 juillet 1703 qui l'a jugé ainsi dans cette espèce. — Une femme, dans la coutume de Montauban, où le mari gagne la Dot par le prédécès de sa femme, avait donné à son neveu, en le mariant, une maison dotale. Le mari avait consenti à la donation: la femme étant morte la première, le mari prit des lettres de rescision contre cette donation; il en demanda l'entérinement, sur le fondement que c'était un fonds dotal qui était inaliénable; et il fut débouté de sa demande.

[Mais dans ces sortes de cas, la femme et ses héritiers sont-ils de meilleure condition que le mari, et ont-ils à craindre la fin de non-recevoir qui lui ôte toute action? Du premier coup d'œil, la prohibition ne paraît portée que contre le mari.]

Par la loi *Julia*, il lui était défendu d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme, et de l'hypothéquer même quand elle y consentirait. Justinien, par la loi 15, C. *de rei uxoriæ actione*, rendit générale la prohibition de la loi *Julia*, qui n'avait été faite que pour l'Italie, et y ajouta que le mari ne pourrait aliéner le fonds dotal, même avec le consentement de sa femme.

Mais voici comment raisonnent ceux qui soutiennent que la femme ne peut pas aliéner le fonds dotal: — Si la femme ne peut pas consentir à l'aliénation que le mari voudrait faire, il s'ensuit évidemment qu'elle ne peut pas aliéner elle-même, parceque la prohibition la lie tout de même que son mari; autrement la prévoyance de la loi qui veille à la conservation des Dots serait en défaut, si la femme, qui ne peut aliéner conjointement avec son mari, le pouvait seule. La prohibition n'est pas seulement faite contre le mari, c'est encore un secours et un appui donné à la faiblesse des femmes pour les empêcher de succomber et de se dépouiller d'un bien dont la conservation importe à l'ordre public; enfin la loi défend à la femme qui s'est fait séparer de biens, et à qui la Dot a été restituée, de l'aliéner. La loi lui enjoint de la conserver pour la nourriture et l'entretien d'elle, de son mari et de ses enfans.

Digitized by Google

Les sectateurs de l'opinion contraire répondent : — La Dot est un bien dont la propriété appartient à la femme, et dont le mari n'a que le domaine civil, domaine qui ne consiste qu'en une simple jouissance ; par conséquent la femme a le droit d'en disposer, sauf l'intérêt de son mari. La prohibition d'aliéner est toute contre le mari et en faveur de la femme, qui, sans cet empêchement, aurait été exposée aux violences et aux mauvais traitemens de son mari, on à devenir victime de sa faiblesse. L'impuissance où est la femme de consentir à l'aliénation de sa Dot, est établie par les mêmes motifs que ceux qui ont fait interdire les donations entre conjoints, et qui font qu'un mineur ne peut pas donner à son tuteur, parcequ'on présume la séduction et un défaut de liberté dans les actes passés entre ces sortes de personnes. Mais ce n'est qu'un empêchement relatif, qui n'ôte pas à la femme la capacité de disposer en général ; cela est si vrai, que la prohibition cesse avec le mariage, la Dot perd sa nature et se confond avec les autres biens de la femme, et il n'y a aucune loi qui lui en interdise la disposition. Si la femme ne peut disposer de sa Dot depuis sa séparation, c'est qu'elle est destinée à soutenir les charges du mariage, et qu'elle ne retourne pas pleinement et librement à la femme, mais avec ses charges. On donne seulement à la femme l'administration qu'avait le mari et dont il a abusé ; mais cela n'empêche pas que la femme ne puisse disposer de la propriété en retenant la jouissance, pour l'employer suivant sa destination.

[Si de ces raisons respectives, nous passons à la jurisprudence des parlemens de droit écrit, nous ne la trouverons pas fort propre à résoudre les doutes qu'elles laissent dans l'esprit.

A la vérité, ils jugent tous constamment que la femme peut, avec le consentement de son mari, donner ses fonds dotaux à ses enfans en faveur de leur mariage. *V.* pour le parlement de Toulouse, Catellan, t. 4, ch. 4; Serres, dans ses *Institutions au droit français*; et Furgole, dans ses *Questions sur les Donations*; — Pour le parlement de Bordeaux, Automne, part. 2, pag. 244; et Lapeyrère, lettre d, n. 118 et 119; — Pour le parlement d'Aix, Boniface, tom. 1, liv. 5, tit. 4, chap. 2; — Pour le parlement de Grenoble, Chorier, dans sa *Jurisprudence de Guy-Pape*, pag. 225.

Mais sur la question de savoir si la femme peut, avec le consentement de son mari, donner son fonds dotal à des parens collatéraux ou à des étrangers, ces cours ne sont d'accord ni entre elles ni avec elles-mêmes.

Deux arrêts du parlement de Toulouse, des 2 janvier 1637 et 23 février 1654, rapportés par Dolive, liv. 3, chap. 29, et par Catellan, liv. 4, ch. 4, ont annullé des donations de biens dotaux que des femmes avaient faites, du consentement de leurs maris, à des parens collatéraux. — Mais Védel sur Catellan, à l'endroit cité, rapporte un arrêt de la même cour, du 6 février 1723, « qui décida qu'une donation faite par la dame Mafré à la demoiselle d'Arbusquiez, sa nièce, en faveur de son mariage, de la somme de 50 livres, faisant partie des cas dotaux de la tante, payable après son décès et celui de son mari, était valable. » Mais Fromental observe que cet arrêt ne doit pas tirer à conséquence, parceque la modicité de la donation en fut le seul motif.

Le parlement d'Aix a jugé le pour et le contre sur cette question. *V.* l'annotateur de Duperrier, liv. 1, quest. 2.

Il en est de même du parlement de Bordeaux.] [[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 3, pag. 655.]]

[Il ne paraît pas que la question se soit encore présentée au parlement de Paris, pour le cas d'une donation faite à un parent collatéral ou à un étranger ; mais elle y a été jugée le 11 janvier 1597, pour celui d'une donation faite à un enfant par contrat de mariage, et l'arrêt a confirmé cette donation. (*V.* Loüet, lettre D, §. 40). Elle y a encore été agitée pour le même cas en 1766, et voici ce que nous lisons à ce sujet dans les notes de M. Bergier sur Ricard, pag. 419 :

« Les sieur et dame Guérin, domiciliés à Lyon, avaient *conjointement et volontairement* constitué à la demoiselle Guérin, leur fille, par son contrat de mariage avec le sieur Vauzeille, bourgeois de Brioude en Auvergne, du 14 mars 1749, une Dot de 14,000 livres, à compte de ses droits de légitime paternelle et maternelle : cette Dot fut payée comptant par le mari. — Après le décès du sieur Guérin père, il s'éleva des difficultés sur le règlement des reprises matrimoniales de la veuve ; une sentence arbitrale du 20 mai 1763 les termina : mais, au milieu des différens chefs de demandes présentées de part et d'autre, trois des enfans de la dame Guérin, du nombre desquels étaient la dame Vauzeille, avaient conclu contre leur mère, à ce que compensation fût faite, sur ses conventions matrimoniales, de la moitié de la Dot qu'ils avaient reçue de la main de leur père, lequel se trouvait avoir payé la dette de sa femme, qui s'était réunie à lui pour constituer ces Dots ; et la transaction passée sur la sentence arbitrale, réserva les droits respectifs des parties sur cet objet. — La contestation s'engagea au parlement ; la dame Guérin soutint qu'il y avait une grande différence à faire entre le pays de droit écrit et le pays coutumier, sur la Dot des filles ; qu'il était vrai qu'en pays coutumier, la Dot de la fille était une charge commune au père et à la mère, à cause de la communauté ; mais qu'en pays de droit écrit, c'était au père seul à doter sa fille, d'après la loi *Si pater*. — Cette première réflexion conduisit la dame Guérin jusqu'à dire qu'elle n'était pas obligée par les contrats de mariage de ses filles.

« L'arrêt condamna ce système, et jugea que la moitié de la Dot constituée à sa fille était à sa charge. — Mais on ne manquera pas d'observer que la dame Guérin était domiciliée à Lyon. Or, tout le monde connaît la déclaration du 21 avril 1664, qui abroge la loi *Julia* dans les provinces du Lyon-

Digitized by Google

nais, Forez, Mâconnais, Beaujolais, et autorise les femmes à engager et hypothéquer leurs biens dotaux; de sorte que cet arrêt ne peut pas être cité comme ayant jugé la question en thèse. La dame Guérin ne contestait pas ouvertement qu'elle n'eût bien la capacité de s'obliger: la question à laquelle elle s'attachait essentiellement, était de savoir si la Dot, ayant été constituée confusément pour biens paternels et maternels, *effuso sermone*, elle ne devait pas être regardée comme constituée par le père seul; et subsidiairement si elle n'avait pas un droit d'indemnité sur la succession de son mari. »

Comme le remarque très bien M. Bergier, « cet arrêt n'est pas un préjugé à invoquer dans les pays de droit écrit d'Auvergne et de la Basse-Marche, où la loi *Julia* subsiste encore dans toute sa vigueur: cependant, continue le même auteur, je ne crois pas que l'on puisse douter plus sérieusement dans ces provinces que dans le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais, de la validité de l'engagement ou de la disposition des biens dotaux, pour le mariage des enfans. »

Et voici les raisons, sans réplique à nos yeux, qu'il en donne:

« 1° On ne peut pas se dissimuler que la prohibition d'aliéner le fonds dotal, prononcée par les lois romaines, est absolue; qu'elle est fondée, non seulement sur l'intérêt du mari, auquel il serait aisé de pourvoir en lui conservant l'usufruit, mais encore sur l'intérêt personnel de la femme, qu'il était bon de garantir des dangers de sa propre faiblesse; *ne sexûs muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converlatur*. Enfin, cette prohibition est encore fondée sur un motif d'intérêt public, sur l'avantage qui résulte pour la société, des soins que la loi a pris de veiller à la conservation des Dots, qui, dans les événemens malheureux, sont pour les familles une dernière table du naufrage. *Reipublicæ interest mulieres Dotes salvas habere*. Par une juste conséquence, le concours du consentement du mari et de la femme, pour de pareilles aliénations, n'est pas capable de les valider.

» On ne peut pas davantage se dissimuler que la prohibition d'aliéner renferme dans sa proscription tous les actes par lesquels la propriété peut être transférée, aux termes de la loi 1, C. *de fundo Dotali: est autem alienatio*, dit cette loi, *omnis actus per quem dominium transferretur*; par conséquent elle comprend les donations en général, puisqu'elles sont un genre d'aliénation, et même d'autant plus préjudiciable, que le donateur se dépouille sans recevoir d'équivalent: *donare est perdere* (loi 7, D. *de donationibus*); d'où il résulte qu'il y a plus de raison de défendre la donation que la vente du bien dotal.

» Mais tout change de face, lorsque l'aliénation de la Dot n'est faite qu'en faveur du mariage des enfans. Une pareille donation n'est pas proprement une aliénation, mais une anticipation de la succession; elle est moins une transmission de la propriété qu'elle n'en est une confirmation sur la tête des enfans, que la loi regarde déjà comme propriétaires des biens de leurs père et mère, même pendant leur vie. *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eò rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui, etiam vivo patre, quodam modo domini æstimantur.* (Loi 11, D. *de liberis et posthumis.*)

» En un mot, la mère qui pourvoit, aux dépens de sa Dot, à l'établissement de ses enfans, exerce moins une libéralité qu'elle n'acquitte une dette que la nature lui impose. Voilà pourquoi, en même temps que l'aliénation de la Dot était interdite à la femme et au mari pendant le mariage, dans le droit romain, il était cependant permis à la femme d'en disposer en faveur du mariage de ses enfans. *Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium senatûs-consulti, falsò putas; hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam prudentes viri putaverunt*, dit la loi 12, C. *ad senatus-consultum velleianum*. N'est-ce pas le langage de la nature que le langage de cette loi? Et quels inconvéniens n'entraînerait pas après soi le renversement de cette heureuse liberté, accordée aux femmes mariées, de suivre les impulsions du sentiment et du devoir pour l'établissement de leur famille? Combien de pères de famille seraient dans l'impuissance de procurer à leurs enfans des mariages sortables, s'il fallait qu'ils prissent sur leur seul patrimoine les Dots et les avancemens d'hoirie que les mœurs actuelles ont élevés si haut!

» D'un autre côté, les constitutions de Dot faites aux filles sont communément accompagnées d'une renonciation de leur part aux successions de leur père ou de leur mère; elles représentent par conséquent leurs portions héréditaires, ou tout au moins leurs légitimes sur les successions paternelle et maternelle. Or, serait-il raisonnable que la mère ne pût pas acquitter cette dette sacrée, et qu'elle en fût cependant libérée? — Quand on pèsera ces réflexions, on trouvera trop de sagesse dans la jurisprudence des parlemens de droit écrit, qui permettent aux femmes de donner et d'obliger les biens dotaux, lorsqu'il s'agit de l'établissement de leurs enfans, pour balancer un instant à admettre la même liberté dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, sans distinction. »]

II. Suivant le droit commun de la France coutumière, la femme autorisée de son mari peut vendre tous ses biens. Mais il en est autrement dans les coutumes d'Auvergne et de la Marche.

Par la coutume d'Auvergne, il est dit, chap. 14, art. 3: « Le mari et la femme, conjointement et séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent aliéner, permuter, ni autrement disposer des biens dotaux de ladite femme, au préjudice d'icelle; et sont telles dispositions et aliénations nulles et de nul effet et valeur, et ne sont validées par serment. »

Celle de la Marche contient les mêmes dispositions, art. 18.

[Ces coutumes admettent cependant une excep-

Digitized by Google

tion qui rentre dans celle que les parlemens de droit écrit ont mise à la prohibition de la loi *Julia*.]

La première, chap. 14, art. 6, permet à la femme de « disposer, par contrat entre-vifs, de la quarte partie de ses biens dotaux et au-dessous, pour le mariage de ses filles ou autres descendans, selon son état. » — Et par l'art. 7 du même chapitre, elle ajoute : « Femme, en cas de nécessité pour les alimens d'elle, son mari ou ses enfans, ou pour racheter son mari de prison, peut aliéner ses biens dotaux, à faute d'autres biens, avec connaissance de cause et décret du juge sans aucune récompense. »

Celle de la Marche permet à la femme de disposer de sa Dot jusqu'à concurrence de la moitié pour doter ses enfans, en s'y faisant autoriser par justice en connaissance de cause. — « La femme (porte-t-elle, art. 401), pour mariage de ses filles ou autres descendans par l'autorité de son mari, peut disposer par contrat entre-vifs, jusques à la moitié de ses biens dotaux et au-dessous par décret du juge en connaissance de cause. »

[[Il s'est élevé dans la première de ces coutumes une question qui peut encore se présenter sous le Code Napoléon.

Par acte notarié du 24 mars 1758, Anne Bonniol, dûment autorisée de Pierre Merquiol, son mari, cède à Etienne Anxet-Bonniol, son frère, tous les biens et droits qui lui sont échus par le décès de leur père et de leur mère, et qui lui tiennent nature de biens dotaux. Le prix de cette cession est fixé à 2,500 liv., dont 1,500 liv. sont payées comptant et le surplus constitué en rente. — Après la mort de son mari, Anne Bonniol continue pendant plusieurs années de recevoir la rente de 50 liv., pour la partie non payée du prix de la cession; mais enfin elle demande la nullité de cet acte, comme contenant aliénation de biens dotaux, sans les formalités prescrites par la coutume. — Son frère lui oppose la ratification qu'elle en a faite en viduité; et il soutient qu'elle l'a ratifiée en touchant, pendant plusieurs années, les arrérages de sa rente de 50 liv. — Le 1er septembre 1779, sentence de la sénéchaussée de Riom, qui, sans avoir égard à cette prétendue ratification, déclare l'acte nul. Appel. — Par jugement du 23 prairial an 3, le tribunal de district d'Issoire réforme cette sentence; et, adoptant la fin de non-recevoir opposée par le frère, ordonne que l'acte sera exécuté. — Le fils d'Anne Bonniol, décédée pendant le procès, se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 23 messidor an 4, au rapport de M. Schwendt, — « Considérant que l'art. 3 du chap. 14 de la coutume d'Auvergne proscrit l'aliénation des biens dotaux; que l'art. 7 établit que, dans les cas de la plus absolue nécessité, elle ne peut avoir lieu qu'avec connaissance de cause et décret de juge; que, dans l'espèce, ces formalités n'ont pas été remplies; et que l'exécution, pendant plusieurs années, du traité de 1758 ne peut valider un acte nul dans son principe, et qui n'a point été valablement confirmé depuis la viduité de la mère du demandeur; — Le tribunal casse le jugement rendu entre les parties, le 25 prairial an 3, par le tribunal du district d'Issoire, pour contravention à l'art. 3, chap. 14, de la coutume d'Auvergne. »

Cet arrêt est-il bien conforme aux principes? J'ai prouvé dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 6, p. 212, et il a été jugé par un arrêt de la cour de cassation, du 4 thermidor an 9, rapporté au même endroit, qu'un mineur dont le bien a été vendu illégalement ne peut plus en attaquer la vente, lorsque, parvenu à l'âge de majorité, il en a reçu le prix des mains de l'acquéreur. Or, ne peut-on pas dire qu'il n'existe point à cet égard de différence entre la femme devenue veuve, par rapport à son fonds dotal aliéné pendant son mariage, et le mineur devenu majeur, par rapport à ses immeubles vendus pendant sa minorité? Ne peut-on pas d'ailleurs appliquer ici l'art. 1338 du Code Napoléon, lequel décide expressément que, pour valider une obligation originairement nulle, « il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée? » Et une femme qui, devenue veuve, reçoit les arrérages de la rente qui lui a été constituée pour prix de son fonds dotal, n'exécute-t-elle pas, par cela seul, la vente qu'elle a faite de ce fonds? Ne l'exécute-t-elle pas sur-tout après l'époque à laquelle il lui était bien libre de la confirmer ou ratifier?

Ces raisons ne manquent pas de force; cependant j'aurais de la peine à en adopter le résultat. Qu'une femme soit censée abandonner son action en nullité de la vente de son fonds dotal, lorsque, devenue veuve, elle reçoit le capital de la rente qui représente pour elle le prix de ce fonds, à la bonne heure: cela résulte de l'arrêt du 4 thermidor an 9; mais aussi c'est la seule conséquence que l'on puisse tirer de cet arrêt. Eu inférer encore qu'en recevant simplement les arrérages d'une pareille rente, la veuve confirme et ratifie l'aliénation dont cette rente forme le prix, c'est aller trop loin. Une femme serait bien à plaindre si, pour conserver le droit d'attaquer la vente de ses biens dotaux, elle était obligée de se priver, dès le premier moment de sa viduité, des intérêts du prix de cette vente: ces intérêts ne sont pour elle que le remplacement des revenus des biens mêmes; et quoi de plus juste que, ne pouvant pas jouir de ceux-ci, elle jouisse au moins de ceux-là? — Déclarerait-on non-recevable à réclamer contre l'échange de son fonds dotal, la femme qui, dans la première année de sa viduité, aurait perçu les fruits de l'immeuble qu'elle aurait reçu en contre-échange pendant le mariage? Non, certainement. Eh bien! c'est ici la même chose. — Ajoutons que les lois romaines mettent une grande différence entre le paiement d'un capital en vertu d'un acte nul, et le paiement des intérêts de ce capital. *V. Acte sous seing-privé*, §. 2, tome 1, pages 82 et suivantes.]]

III. En Normandie, la femme autorisée de son mari, ou le mari, avec le consentement de sa femme, peuvent aliéner le bien dotal; et la vente est irrévocable, lorsque le mari est solvable. S'il décède

Digitized by Google

insolvable, la femme a son recours contre les tiers-détenteurs, suivant la disposition des art. 539 et 540 de cette coutume.

[C'est par cette raison et pour prévenir quelques uns des inconvéniens attachés à cette jurisprudence, qu'il a été ordonné par un arrêt de règlement du parlement de Normandie, du 19 juin 1724, « que, lors des distributions de deniers provenans des adjudications par décret, où il y a opposition pour rentes-hypothèques appartenantes à femmes mariées ou civilement séparées, les substituts du procureur général requerront, et les juges ordonneront que, pour recevoir les capitaux de ces rentes, les maris ou les femmes seront tenus de fournir bon et valable remplacement, ou, à défaut, bonne et suffisante caution desdits capitaux, dont il y aura collocation; laquelle caution sera reçue en présence du juge, de l'officier exerçant le ministère public et les parties intéressées. »

C'est une question si ces dispositions, et les textes de la coutume auxquels elles se rapportent, peuvent s'appliquer aux rentes dues sur des biens situés en Normandie, mais appartenantes à des femmes domiciliées dans une coutume où elles peuvent aliéner irrévocablement leurs biens dotaux, avec le concours de leurs maris. *V.* le paragraphe précédent, n° 4.

Au surplus, il est des cas où, suivant l'art. 541 de la coutume de Normandie, la femme ne peut rétracter l'aliénation de sa Dot : c'est lorsqu'elle l'a vendue, soit pour rédimer son mari, qui n'a aucun bien, *de prison, guerre ou cause non civile,* soit pour leur nourriture et celle de ses père, mère et enfans en extrême nécessité.

Mais pour que, dans ce cas, la vente de la Dot ne puisse pas être revoquée, il faut qu'elle soit permise par le juge, avec connaissance de cause et d'après l'avis des parens de la femme. C'est ce que prescrit l'art. 128 des placités de 1666.

A défaut de parens, un arrêt du 20 janvier 1600, auquel celui de 1666 n'a pas dérogé, permet d'appeler des voisins et des amis.

Mais aussi, les voisins, les amis ne peuvent pas remplacer les parens, lorsqu'il en existe et qu'ils sont connus.

Le sieur Fricourt avait épousé Marie-Thérèse Laborgne; ils étaient tous deux originaires de Normandie, et s'y étaient mariés. — La dame Fricourt était propriétaire d'une rente foncière de 200 liv., à prendre sur des fonds situés dans la même province. Cette rente était due par le sieur Gaillon, prêtre, qui était également Normand. — Les sieur et dame Fricourt, sur la fin de leurs jours, transférèrent leur domicile au bourg d'Ault en Picardie. — Le 20 mai 1767, la dame Fricourt présenta au juge de ce bourg une requête expositive que, depuis le mois de mars précédent, elle était atteinte d'une maladie qui l'avait mise à la dernière extrémité; que son grand âge lui faisait appréhender une langueur qui pourrait durer long-temps, et la conduire au tombeau; que son mari, âgé de 75 ans, ne pouvait plus travailler de son métier; qu'outre qu'il s'était épuisé à soigner sa femme, son bien était hypothéqué à des créances qui en absorbaient la valeur; qu'un procès qu'il avait au parlement de Paris était un obstacle à ce qu'il pût trouver des acquéreurs; qu'elle ne pouvait donc s'aider que de son propre bien, dans la situation où elle se trouvait; mais que ce bien était régi par la coutume de Normandie, où la femme peut, à la vérité, vendre du consentement de son mari; mais que si elle ou ses héritiers ne trouvaient point dans la succession de son mari le remploi de l'aliénation, elle avait le droit de revenir contre les acquéreurs; qu'il n'y avait que le cas exprimé par l'art. 541, où l'aliénation pût se faire.

Sur cet exposé, elle demanda au juge qu'il indiquât six voisins au lieu de parens, pour, sur leur avis, être autorisée à vendre ou recevoir le remboursement de 50 livres de rente sur celle qui lui était due par le sieur Gaillon, pour subvenir à sa subsistance et au traitement de sa maladie. — Le juge nomma d'office six voisins, qui se présentèrent, et déclarèrent avoir connaissance des faits contenus dans la requête. — En homologuant l'avis de ces six délibérans, le juge autorisa la dame de Fricourt à vendre, sous l'autorisation de son mari, ou recevoir le remboursement de la rente mentionnée dans sa requête, jusqu'à concurrence de 50 l., pour subvenir à ses besoins. En conséquence, le sieur Gaillon paya cette somme, en diminuant la rente foncière qu'il devait. — Après le décès de la dame Fricourt, la succession échut à son frère, qui la céda au sieur Pigene. — Le sieur Pigene ayant poursuivi le sieur Gaillon pour le paiement de la rente foncière, le sieur Gaillon offrit de l'acquitter; mais il prétendit en déduire les 50 liv. de rente. Le sieur Pigene s'y opposa, sur le fondement que la dame Fricourt ne s'était point conformée à la loi, en vertu de laquelle elle s'était fait autoriser à aliéner sa Dot; qu'elle devait y appeler ses parens et non ses voisins, parceque ses parens seuls connaissaient ses facultés et celles de son mari; que s'ils avaient trouvé son exposé juste, ils auraient pourvu à ses nécessités, sans aliéner sa Dot. — Par arrêt rendu à la première chambre des enquêtes du parlement de Rouen, le 22 janvier 1780, le sieur Gaillon a été débouté de son exception, et condamné à payer la rente en entier.]

[[Nous avons dit qu'en cas d'insolvabilité du mari, le statut normand donnait à la femme un recours subsidiaire contre les acquéreurs de ses biens dotaux, quoique l'aliénation en eût été faite de son consentement. Mais ce recours peut-il avoir lieu, lorsque le mari a encouru la confiscation de tous ses biens, et que, par cette raison, l'état est obligé au paiement de toutes ses dettes? Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

En 1779, le sieur Fréville vend des propres de son épouse, qui, peu de temps après, en ratifie la vente. — En 1792, le sieur Fréville émigre. Son épouse est autorisée à reprendre sa Dot, et à pour-

Digitized by Google

suivre la récompense de ses propres aliénés. — En floréal an 6, elle obtient pour cette récompense, une inscription sur le grand livre de la dette publique, laquelle, d'après la loi du 9 vendémiaire précédent, ne représente pour elle qu'un tiers consolidé de la valeur de ses propres. — En l'an 10, après sa mort, ses enfans font assigner les acquéreurs de ses biens pour les faire condamner à leur payer le montant du déficit de la récompense qui était due à leur mère, d'après l'art. 540 de la coutume. — Le 29 thermidor de la même année, jugement du tribunal de première instance de Lisieux qui prononce en leur faveur. — Mais sur l'appel, la cour de Caen, par arrêt du 23 ventose an 12, les déclare non recevables, « attendu que la femme n'a d'action contre l'acquéreur, qu'autant qu'elle ne peut exercer sa récompense sur les biens de son mari; qu'elle ne peut obliger l'acquéreur qu'à lui payer le juste prix; qu'elle n'a par conséquent qu'une créance à réclamer; que l'état étant toujours solvable, on ne peut, dans l'espèce, contester la solvabilité du mari, sans attaquer celle de la république qui le représente; et que par conséquent l'action subsidiaire ne peut être exercée contre les acquéreurs. » — Les enfans de la dame Fréville se pourvoient en cassation; mais par arrêt du 21 frimaire an 13, au rapport de M. Oudot, « attendu qu'aux termes de l'art. 540 de la coutume de Normandie, l'action accordée à la femme sur les acquéreurs de ses biens n'est que subsidiaire, et qu'elle n'en peut faire usage qu'après avoir exercé celle que la loi lui donne sur les biens de son mari; — Qu'en jugeant dans ce sens que l'action des enfans Fréville n'était pas recevable contre les acquéreurs des biens de leur mère, parceque la république qui représente leur père ne peut être considérée comme insolvable, la cour d'appel n'a pas contrevenu à la coutume de Normandie, et s'est au contraire conformée à cette loi et à celle du 1er floréal an 3; — La cour rejette..... »

IV. Aujourd'hui, plus de différence sur cette matière entre les différentes parties de la France: toutes ne reconnaissent pour loi sur cette matière que le Code Napoléon; et voici quelles sont là-dessus ses dispositions.

« *Art.* 1554. Les immeubles constitués en Dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent.

» 1555. La femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfans qu'elle aurait d'un mariage antérieur; mais si elle n'est autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari.

» 1556. Elle peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfans communs.

» 1557. L'immeuble dotal peut être aliéné, lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage.

» 1558. L'immeuble dotal peut encore être aliéné avec permission de justice, et aux enchères, après trois affiches, — Pour tirer de prison le mari ou la femme; — Pour fournir des alimens à la famille dans les cas prévus par les art. 205, 206 et 207, au titre *du mariage*; — Pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la Dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage; — Pour faire de grosses réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal; — Enfin, lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers, et qu'il est reconnu impartageable. — Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme.

» 1559. L'immeuble dotal peut être échangé, mais avec le consentement de la femme, contre un autre immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins, en justifiant de l'utilité de l'échange, en obtenant l'autorisation en justice, et d'après une estimation par experts nommés d'office par le tribunal. — Dans ce cas, l'immeuble reçu en échange sera dotal; l'excédant du prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme.

» 1560. Si, hors les cas d'exception qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliènent le fonds dotal, la femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée: la femme aura le même droit après la séparation de biens. — Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur, s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal. »

V. Le cautionnement fourni à l'acquéreur du fonds dotal, pour la sûreté et la garantie de son acquisition, est-il obligatoire? Cette question s'est présentée dans la coutume d'Auvergne, avant la publication du Code Napoléon.

Le 30 novembre 1769, Marie Cathelat, femme Chalvet, vend au sieur Mathieu une partie de ses biens dotaux, pour se procurer les moyens d'éteindre une dette à laquelle ils sont hypothéqués, et dont le créancier la menace d'une expropriation prochaine. — A cette vente concourent son mari et son fils, qui s'en portent cautions solidaires. — Après la mort de son père et de sa mère, Chalvet fils revendique les biens sur l'acquéreur. Il expose que la vente est frappée par la coutume d'une nullité absolue; que par suite, son cautionnement n'est pas obligatoire; et qu'en tout cas, l'effet de ce cautionnement ne peut être que de l'obliger à rembourser l'acquéreur, sans que celui-ci puisse s'en faire un titre pour retenir les biens. — Le sieur Mathieu répond que la vente n'a pas été faite au *préjudice de la femme*, seul cas où la coutume en prononce la nullité (*V.* ci-devant, n. 2); que d'ail-

Digitized by Google

leurs la nullité de cette vente ne pourrait pas être alléguée par la caution. — Le 7 juin 1786, sentence de la sénéchaussée de Riom, qui, avant faire droit, ordonne une expertise; et par conséquent préjuge que si la vente a été faite *au préjudice* de la femme, la caution n'est pas obligée de la garantir. — Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Riom du 11 janvier 1806, qui, « attendu que la vente du 30 novembre 1769 fut consentie tant par Marie Cathelat et son mari, que par Guillaume Chalvet, son fils majeur; attendu que par cette vente, Guillaume Chalvet contracta l'obligation formelle de garantir de toutes recherches l'acquéreur, de le faire jouir, et de faire valoir la vente qui lui était consentie »; dit qu'il a été mal jugé, et déclare les héritiers de Guillaume Chalvet non recevables.—Les héritiers de Guillaume Chalvet se pourvoient en cassation, et reproduisent les moyens qu'ils ont fait valoir, tant en première instance qu'en cause d'appel : ils insistent principalement sur la conformité de la disposition de la coutume d'Auvergne aux lois romaines qui prohibent l'aliénation du fonds dotal. Ils établissent que la nullité qui résulte de cette prohibition n'est pas une nullité purement relative, mais une nullité absolue, une nullité d'ordre public; et ils citent la loi 2, D. *de jure Dotium*, qui dit : *Reipublicæ interest mulieres Dotes salvas habere.*— Par arrêt du 11 mars 1807, au rapport de M. Cochard, « attendu que l'art. 3 du chap. 14 de la coutume d'Auvergne n'annulle les ventes des fonds dotaux des femmes mariées, que lorsqu'elles sont à leur préjudice; et que dans l'espèce, celle dont il s'agit ne pouvait être considérée comme telle, puisqu'elle n'avait été faite par Marie Cathelat, et consentie et garantie par son mari et Guillaume Chalvet son fils, que pour éteindre une créance hypothécaire affectée sur tous les biens dotaux par les père et mère de celle-ci, à une date bien antérieure à son mariage; attendu que ni ledit article ni aucun autre de la même coutume n'annullent les obligations portant garantie de la vente des fonds dotaux, stipulée pour la sûreté des acquéreurs; — La cour rejette..... »

Aurait-on pu juger de même dans un pays de pur droit écrit, et pourrait-on encore juger de même depuis la publication du Code Napoléon? Je ne le crois pas.

Avant la publication du Code Napoléon, on suivait assez généralement, dans les pays de droit écrit, la disposition de ce Code, qui permet même au mari qui a aliéné le fonds dotal, ou le qualifiant tel, avec promesse de garantie, de le revendiquer sur l'acquéreur, sans être tenu envers lui à autre chose que la restitution du prix. *V.* Serres, *Institutions de droit français*, liv. 2, tit. 8; et Duperrier, tome 2, page 39.

Or, de cette disposition il résulte clairement que la promesse de garantie apposée, à la vente du fonds dotal, ne donne aucune action à l'acquéreur qui, en achetant, a en connaissance du vice de cette vente. Et il est bien sensible que si une pareille promesse n'est pas obligatoire pour le mari, elle ne peut pas l'être davantage pour sa caution; car ce n'est pas par l'effet d'une exception personnelle au mari que cette promesse est nulle; elle n'est nulle que par le vice inhérent à la chose même. — Ecoutons là-dessus la discussion de l'art. 1560 au conseil d'état :

« M. Berlier observe que la troisième partie de cet article (celle qui autorise le mari à révoquer l'aliénation pendant le mariage, sauf à indemniser l'acheteur, s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal), lui paraît inadmissible: cette disposition suppose que l'acheteur a ignoré le vice de l'achat, et le considère comme de bonne foi. — Cependant elle permet de l'exproprier; et à qui cette permission est-elle donnée? Au mari et durant le mariage. — Qu'après la dissolution du mariage, cette action appartienne à la femme ou à ses héritiers, cela est juste; mais convient-il que le mari, tant que la jouissance dure, et le mari qui a vendu de mauvaise foi, puisse lui-même exproprier l'acquéreur, en lui payant des dommages-intérêts? Puisqu'il est sujet à des dommages-intérêts, il ne devrait pas être autorisé à revenir contre son propre fait : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* La disposition proposée est directement contraire à cette maxime

» M. Portalis répond que la disposition n'est que pour le cas où il y a nullité absolue. Il est permis à tous de faire valoir ces sortes de nullités. L'acheteur ne mérite aucun intérêt; c'est par sa légèreté qu'il se trouve trompé, il doit s'imputer de n'avoir pas pris des renseignemens suffisans : d'ailleurs il est difficile qu'il n'ait pas profité de la nécessité ou de la prodigalité du mari; car celui-ci n'a certainement pu que faire une mauvaise affaire. Cependant comme il est le chef de la société conjugale, qu'il doit pourvoir à la subsistance de la femme et des enfans, et que la Dot est substituée pour la leur fournir, on ne peut lui refuser le droit de faire valoir la nullité.

» M. Pelet dit que cependant il serait juste de soumettre le mari à des dommages-intérêts envers l'acheteur.

» M. Portalis répond que l'acheteur a connu ou n'a pas connu le vice de la vente; s'il ne l'a pas connu, le mari lui doit des dommages et intérêts; s'il l'a connu, il devient le complice du mari et ne mérite aucun ménagement.

» M. Pelet dit que, même dans ce dernier cas, il a pu acheter, dans la persuasion que la vente se réduirait pour lui en dommages et intérêts.

» M. Portalis répond que la vente ne peut produire aucun effet, puisque la Dot doit être rendue en nature.

» M. Maleville dit que la question est décidée par la disposition qui déclare la vente radicalement nulle. Lorsqu'un acte est ainsi qualifié par la loi, il est comme s'il n'existait pas, et ne peut être opposé à personne : tels sont les principes également admis dans les pays coutumiers et dans ceux de droit écrit.

» L'article est adopté. »]]

Digitized by Google

[§. IX. L'acquéreur d'un fonds dotal peut-il, à cause de la nature de ce bien, demander la rescision de son contrat ?

Il faut distinguer si, en achetant, il a ignoré la nature du bien qu'on lui vendait, ou s'il l'a connue.

Au premier cas, il peut se plaindre; et on ne peut pas lui imposer silence, en lui offrant caution. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Provence, du 9 décembre 1707. Voici comment il est rapporté par M. de Bezieux, liv. 5, chap. 2, §. 17 : « Me Ripert, notaire, avait vendu une propriété de terre à Cueilliron; et il avait déclaré dans l'acte qu'elle lui appartenait, comme étant de l'hoirie de son père. Cueilliron ayant eu connaissance dans la suite que cette propriété était dotale, demanda la cassation de l'acte, et impetra rescision. Le premier juge avait ordonné que Ripert donnerait bonne et suffisante caution, en cas que l'appelant fût recherché dans la suite, pour le relever de tout ce qu'il pourrait souffrir; et, faute de la donner, il avait fait droit à la rescision. La cour réforma, enterina la requête et lettres royaux de l'appelant, et, au moyen de ce, cassa la vente. »

Mais, dans le second cas, l'acquéreur ne peut pas se plaindre : c'est à lui d'attendre l'événement de l'éviction à laquelle il a bien voulu s'exposer. C'est ce qu'a encore décidé le parlement de Provence, par arrêt du 26 mars 1711, rapporté par le magistrat déjà cité, liv. 5, chap. 2, §. 18. *V. Eviction* et *Vente*.]

§. X. Le mari est-il maître de transporter à sa femme, pour sa Dot, tels ou tels biens sur lesquels il lui plaît de l'affecter ?

Non. Le mari est bien le maître des revenus de la Dot, mais il ne l'est pas de dénaturer les biens qui la composent. D'ailleurs la propriété d'un fonds ne peut passer à qui que ce soit, sans une acceptation formelle de sa part.

Enfin la question est décidée *in terminis* par la loi 12, *C. de jure Dotium*, qui est conçue en ces termes : « Le fonds acquis par votre mari, de vos deniers dotaux, ne vous appartient pas; car un mari ne peut transporter à sa femme aucune action contre lui-même, pour son acquisition, et elle n'a d'action à exercer contre lui que pour la répétition de sa Dot. Ainsi, dans le cas où il sera prouvé au juge de la province que vous n'avez pas souscrit l'achat, mais seulement que vous avez reçu la plus grande partie de vos deniers dotaux, il vous fera restituer le surplus. »

La loi 54, *D. de jure Dotium*, n'est pas contraire à cette décision. Elle dit, à la vérité, que *res ex dotali pecunid comparatæ, dotales esse videntur*; mais le mot *videntur* n'indique qu'une fiction, et cette fiction n'a d'effet que quand le mari est insolvable. Dans ce cas, *non directa, sed utilis rei vindicatio uxori accommodatur*. C'est ainsi que les interprètes des Basiliques, Harménopule, (liv. 4, tit. 8), Barthole, Balde, Cujas (*Observ.*, liv. 5, obs. 29), et plusieurs autres expliquent cette loi.

La règle générale est donc que la chose acquise des deniers dotaux n'est pas dotale, et que la femme ne peut pas être forcée de la prendre en paiement ou déduction de sa Dot.

Par une juste réciprocité, la femme ne peut forcer les héritiers ni les créanciers de son mari à la lui abandonner, lorsqu'ils trouvent plus avantageux à leurs intérêts de la garder et d'acquitter la Dot en argent. C'est ce qui a été nettement jugé par un arrêt du parlement de Normandie du 21 mars 1731, contre la dame de Parmetot, en faveur des créanciers de son mari.

Cette règle admet cependant des exceptions. Outre celle de la loi 54 dont on vient de parler, il en est une autre; c'est lorsque l'acquisition est faite par la volonté de la femme.

[Si l'on joint cette exception à la règle, dit M. d'Agueseau (plaidoyer 27), « on y trouvera le véritable fondement des dispositions des coutumes et de la dernière jurisprudence des arrêts sur cette question. — La plupart des coutumes, comme Nivernais, Bourbonnais, Melun, Sens, Auxerre, Blois, veulent que la subrogation de l'héritage à la place des deniers, ait lieu lorsque le mari a déclaré, en faisant l'acquisition, que c'était des deniers de sa femme, et pour lui tenir lieu de propre. — Ces coutumes se contentent de la déclaration de l'un ou de l'autre des conjoints. Les derniers arrêts se sont conformés à cette disposition : contraires en cela à l'ancienne jurisprudence, qui admettait la subrogation, même sans le secours d'une déclaration. — Le progrès du droit sur cette matière est si constant, que nous croyons pouvoir nous dispenser de rapporter les autorités qui l'établissent. Tous les docteurs sont d'accord; Dumoulin, Coquille, Chopin, Mornac, Louet, Charondas, Bacquet, Brodeau, Tronçon. — Quelques uns de ces auteurs ont demandé s'il était nécessaire que la femme acceptât la déclaration du mari, et si cette acceptation devait être faite dans le temps même de l'acquisition. — La première réflexion que l'on peut faire sur cette difficulté, c'est qu'il n'y a point d'arrêt qui ait jugé que l'acceptation de la femme fût absolument nécessaire. — Coquille, Brodeau et d'autres disent qu'il est plus sûr de la faire accepter, afin que la propriété lui soit irrévocablement acquise, et que les créanciers ne soient pas exposés au changement de sa volonté. Mais aucun auteur n'a prétendu que cette acceptation dût être faite *in instanti*. — On a toujours distingué la déclaration du mari, de l'acceptation de la femme. — La première doit être faite *incontinenti*; et, quoique Dumoulin ait dit, sur la coutume de Bourbonnais et sur celle de Blois, *maritus poterit ex intervallo bonam fidem agnoscere etiam in testamento*, cela doit s'entendre comme il s'explique lui-même sur la coutume de Melun; c'est-à-dire que cette reconnaissance du mari ne soit pas considérée comme un avantage, sans qu'elle puisse rendre l'héritage propre et subrogé : la seule déclaration faite *inconti-*

Digitized by Google

nenti peut avoir cet effet, et c'est ce qui a été décidé par les arrêts rapportés dans Chopin et dans Brodeau, qui n'ont eu aucun égard à la déclaration faite *ex-post-facto* par le mari. — Il n'en est pas de même de l'acceptation de la femme. Tronçon et Duplessis décident qu'il suffit qu'elle soit faite avant la dissolution de la communauté. — Le mari est considéré en cette matière, comme le procureur de sa femme. La ratification faite en quelque temps que ce soit, a un effet retroactif, qui remonte au temps de l'acte. Si cela est vrai par rapport à celui qui a seulement géré les biens d'autrui, à plus forte raison, à l'égard de celui qui est censé avoir une procuration.»]

[[« L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a pas été stipulée par le contrat de mariage. Il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la Dot constituée en argent. »

Telles sont les dispositions de l'art. 1553 du Code Napoléon; et, comme l'on voit, il en résulte que si l'emploi des deniers dotaux n'a pas été stipulé par le contrat de mariage, le mari ne pourrait pas, même avec le concours de sa femme, rendre dotal l'immeuble qu'il acquerrait de ces deniers.

Ainsi, le Code Napoléon a là-dessus d'autres principes que le droit romain.

1°. Dans le droit romain, la femme pouvait, comme on l'a vu plus haut, revendiquer comme dotal, en cas d'insolvabilité de son mari, le fonds qu'il avait acquis de ses deniers : elle ne le peut plus aujourd'hui.

2°. Dans le droit romain, un bien qui n'avait pas été constitué en Dot avant le mariage pouvait être donné pendant le mariage en augmentation de Dot; aujourd'hui cela ne se peut plus (*V.* ci-devant, §. 2, et 4); et de là, l'impossibilité d'imprimer le caractère de fonds dotal à l'immeuble que le mari acquiert, même de concert avec sa femme, des deniers dotaux dont le contrat de mariage ne lui a pas ordonné ou permis l'emploi en héritages au profit de celle-ci.

Mais pour qu'en cas de stipulation d'emploi, l'immeuble acheté des deniers dotaux devienne dotal, l'acceptation de la femme n'est-elle pas nécessaire?

Les auteurs des *Pandectes francaises*, tome 12, pag. 233, pensent qu'elle l'est effectivement : *le mari*, disent-ils, *ne peut pas forcer sa femme à accepter une acquisition qui ne lui conviendrait pas. On peut appliquer ici les règles établies* (par l'art. 1435) *pour le remploi dans le régime en communauté.*

L'opinion contraire paraît cependant plus conforme à l'esprit du Code Napoléon. S'il avait été dans son intention d'assimiler l'*emploi des deniers dotaux au remploi du prix des propres de la femme vendus pendant la communauté*, que lui eût-il coûté d'ajouter pour l'un, à l'art. 1553, la même condition qui modifie pour l'autre l'art. 1435?— Il y a d'ailleurs une très grande différence entre les deux cas. — Lorsque le mari emploie en héritages les deniers dotaux qu'il a reçus avec cette destination, il agit, non comme le *negotiorum gestor* de la femme, mais comme son mandataire constitué à cet effet par le contrat de mariage; et l'on sait que les acquisitions faites par le mandataire sont de plein droit censées faites par le commettant. — Au lieu qu'en remployant le prix des propres de la femme qu'il a vendus pendant la communauté, le mari n'agit que comme maître de la communauté même.]]

§. XI. *Quand, à qui et par qui la Dot doit-elle être restituée? Que doit comprendre la restitution? La femme doit-elle entretenir les baux faits par son mari?*

I. Il y a lieu à la restitution de la Dot, après la dissolution du mariage, après la séparation de biens ou d'habitation, ou quand le mari a été condamné à une peine qui emporte la mort civile.

II. Pour savoir à qui la Dot doit être restituée, en pays de droit écrit, il faut distinguer, [ou c'est la femme qui prédécède, ou c'est le mari.

II. Au premier cas, on fait une sous-distinction. Ou la Dot a été constituée par le père, ou elle l'a été, soit par la fille elle-même, soit par un étranger.

Si la Dot a été constituée par le père, et que la fille ne laisse point d'enfans, c'est au père que la Dot doit être restituée. *V. Réversion*, sect. 1.]

Par l'ancien droit romain, quand la femme s'était dotée elle-même, ou avait été dotée par tout autre qu'un ascendant paternel, le mari survivant gagnait la Dot, encore que la femme se fût constitué des biens que son père lui avait donnés en l'émancipant, à moins que le retour au profit du donateur, ou de la famille de sa femme, n'eût été expressément stipulé. [[*Fragmens d'Ulpien*, tit. 6, §. 5. *Cujas*, lib. 9, obs. 4.]]

Justinien a totalement changé ces dispositions par la loi unique, §. 6, C. *de rei uxoriæ actione*, en ordonnant que le mari ne gagnerait pas la Dot, à moins que ce bénéfice ne lui eût été accordé par le contrat de mariage. D'où il suit que, la femme venant à mourir pendant le mariage, la Dot constituée par un ascendant doit lui être rendue. Celle qui a été constituée par la femme ou par un étranger doit être rendue aux héritiers de la femme, à moins qu'il n'y ait quelque convention contraire.

Il y a quelques endroits particuliers où le mari gagne la Dot, comme à Toulouse. Voici ce que porte la coutume de la viguerie de cette ville, part. 3, art. 2 et 3 : *Item consuetudo est Tolosæ sive usus quòd si uxor vel alius, nomine ejus, dedit Dotem viro suo, quantacumque sit illa Dos, et uxor traducta præmoriatur, dictus maritus lucratur Dotem et donationem propter nuptias, et indè potest dictus maritus suam facere voluntatem. — Item consuetudo est Tolosæ seu usus quòd maritus, uxore sud præmortud cognitd per eum carnaliter, vel transductd, lucratur Dotem; et è converso uxor viro suo præmortuo lucratur donationem propter nuptias seu dotalitium, sive decesserint ipsi conju-*

Digitized by Google

ges, liberis communibus, seu non existentibus; et hoc nisi aliter actum vel conventum fuerit inter ipsos.

Ce statut est particulier à la viguerie de Toulouse, et ne s'étend pas au-delà de son ressort.

La coutume de Bordeaux, art. 47, porte : « Item le mari gagne la Dot, ensemble les meubles, quand la femme décède avant lui. » — Il en est de même à Montpellier, à Cahors, à Montauban.

Quelques coutumes locales de celle d'Auvergne donnent au mari survivant la moitié de la Dot.

[[Toutes ces coutumes sont abrogées par le Code Napoléon. Le mari ne peut plus gagner la Dot qu'en vertu d'une stipulation expresse du contrat de mariage, ou de la disposition que son épouse en a faite pendant le mariage en sa faveur. *V. Gains nuptiaux*, et ci-après, §. 14.]]

III. Lorsque c'est la femme qui survit, il faut distinguer si elle est émancipée ou soumise à la puissance paternelle.

Si elle est émancipée, la Dot lui doit être rendue à elle-même. [[Lois 34 et 35, D. *soluto matrimonio*; loi 43, §. 1, D. *de jure Dotium*; loi 1, §. 11 et 14, C. *de rei uxoriæ actione*; loi 34, D. *de legatis* 2°.]]

Si elle est soumise à la puissance paternelle la Dot doit être rendue au père et à la fille conjointement, soit qu'elle ait été constituée par le père et sur ses biens, soit qu'elle l'ait été des biens de la fille ou par un étranger : le paiement fait à l'un des deux séparément ne libèrerait pas le mari ou ses héritiers envers celui ou celle des deux qui n'y aurait pas consenti. [[Loi 1, §. 13, C. *de rei uxoriæ actione*; lois 2, 3, 22, 34, et 37, D. *soluto matrimonio*; lois 2, 7 et 10, C. *eod. tit.* novelle 97, chap. 6, §. 1. *V.* ci-devant §. 2, n. 7.]]

Pour entendre la raison de cette décision, il faut se rappeler que les fils de famille ont trois espèces de biens; celui que leur père leur abandonne pour le faire valoir, et qui est appelé en droit *pécule profectice*, dont le père demeure toujours le maître, parceque tout contrat et toute donation, excepté celles qui ont lieu en faveur de mariage, entre le père et les enfans soumis à la puissance paternelle, sont nuls [[ou du moins toujours révocables.]]—Le *pécule adventice*, qui comprend tout ce qui leur appartient et qui leur est venu d'ailleurs que de leur père, dont ils ont la propriété et dont le père a la jouissance; enfin le *pécule castrense* qui est composé de ce que les enfans ont acquis au service militaire, au barreau ou dans l'état ecclésiastique.

La Dot peut être regardée comme une quatrième espèce de biens qui a ses règles particulières. — Cujas la compare au pécule castrense; mais elle en diffère en ce que la fille mariée n'en peut pas disposer; car, pendant le mariage, elle est *in bonis mariti*; après le mariage, elle doit être rendue au père; et la fille n'en peut pas disposer à son préjudice.

La Dot diffère du pécule profectice en ce que le père ne peut pas la révoquer, et qu'elle conserve à l'égard du père sa nature de Dot, même après la dissolution du mariage. C'est pourquoi le père ne peut pas la recevoir seul sans le concours de sa fille. Elle ne peut pas être payée par le père, partie à la fille; il faut qu'elle le soit entièrement à tous deux; elle ne se partage pas comme toutes les autres choses qui sont communes; mais le père la conserve entre ses mains et en jouit tant que sa fille reste en viduité : si elle se remarie, il est obligé de la lui constituer de nouveau.

Quoique la restitution de la Dot doive être faite au père et à la fille conjointement, celle qui est faite au père seul est valable quand la fille n'a pas de raison pour refuser son consentement à son père; car inutilement dirait-elle qu'elle n'a pas consenti, puisqu'elle aurait pu y être forcée : *Est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri.* [[Loi 2, §. 2, D. *soluto matrimonio*.]]

Si le père est un débauché et un dissipateur, la fille ne doit point être forcée à lui donner son consentement. Il dépend alors de la prudence du juge d'ordonner que la Dot sera déposée jusqu'à ce qu'il en ait été fait emploi, et conseiller par-là les intérêts du père et ceux de la fille. Loi 22, §. 6, D. *soluto matrimonio*.

Le paiement fait à la fille seule, pour en faire un emploi utile, est valable quant à elle; et l'action pour la répétition est éteinte à son égard. Loi 22, §. 1, D. *eod. tit.*

L'action pour la répétition de la Dot est encore éteinte, quoique le paiement en ait été fait à la fille seule, lorsque la Dot est parvenue au père, ou a tourné à son profit.

Je crois qu'il faut décider de même que la femme ne peut pas recevoir seule sa Dot, en cas de séparation d'habitation; car, quoique le mariage ne soit pas résolu, il n'a d'autre effet, pendant la séparation, que d'empêcher les époux de s'unir à d'autres. La femme séparée soumise à la puissance paternelle, doit retourner dans la maison de son père; et lui, en reprenant sa fille, doit reprendre la Dot qu'il lui avait donnée.

Il n'en est pas de même de la simple séparation de biens, lors de laquelle la Dot doit être rendue à la femme seule; parceque la Dot est donnée en considération de la femme; elle la suit par-tout. Le mari en ayant perdu l'administration, il n'y a que la femme qui puisse l'avoir; mais elle ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses biens dotaux tant que dure le mariage, si ce n'est pour les causes exprimées par les lois, et que nous avons rapportées plus haut. Elle en doit employer les revenus à la nourriture et à l'entretien d'elle, de son mari et de ses enfans. (Loi 29, C. *de jure Dotium*.)

[[Toutes ces dispositions relatives à la fille non émancipée sont aujourd'hui sans objet, parcequ'aujourd'hui le mariage emporte émancipation dans toute la France. *V. Emancipation*.]]

IV. Si le mari était soumis à la puissance paternelle, la femme a action pour sa Dot, contre son beau-

Digitized by Google

père, avec cette différence que si la Dot a été payée au beau-père ou à un autre, par son ordre, la femme a sur ses biens la même hypothèque et le même privilége que sur les biens de son mari. Si la Dot a été payée au fils à l'insçu ou sans l'ordre du père, le père n'en est tenu que jusqu'à concurrence du pécule ou de ce qui en a tourné à son profit. [[Mais *V. Émancipation, Puissance paternelle,* et ci-devant, §. 3, n. 2.]]

V. Lorsque la Dot consiste en immeubles ou en meubles non estimés, qui existent en nature, elle doit être restituée immédiatement après la dissolution du mariage. [[Loi 1, §. 7, C. *de rei uxoriæ actione.*]]

Si elle consiste en argent, les héritiers du mari ont un an pour la rendre.

[C'est la décision expresse de la loi unique, §. *exactio*, C. *de rei uxoriæ actione.*

Mais doit-on conclure de là que les héritiers ont le droit de jouir pendant un an des rentes dotales qui, dans les pays de droit écrit, sont coustamment regardées comme meubles?

Non. Les rentes sont, à cet égard, de la même condition que les biens-fonds, et la restitution doit en être faite du jour de la dissolution du mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Grenoble du 30 juillet 1619, et par deux autres du parlement de Provence des 30 juin 1643 et 20 avril 1693.

M. de Bésieux qui rapporte ces trois arrêts, liv. 5, ch. 2, §. 21, en établit clairement le bien-jugé. Le délai d'un an, dit-il, n'a pas été donné au mari pour lui procurer un gain et un avantage par la jouissance d'une Dot, dont, après la mort de sa femme, il n'est plus le maître, mais seulement *miserationis intuitu,* pour le dispenser du soin et de la peine de trouver incessamment l'argent, et pour qu'il ne soit pas contraint de le compter d'abord après le décès de sa femme.... Si Justinien avait eu intention de gratifier le mari de la jouissance de la Dot pendant l'année du décès de sa femme, il l'aurait fait non seulement de celle des meubles, mais encore de celle des fonds. En sorte que, pour ne pas le faire tomber dans une contrariété et un défaut de discernement, il faut nécessairement juger que l'existence des immeubles et la non-existence des meubles, lors du décès, a été le motif de la loi unique, C. *de rei uxoriæ actione*, et principalement du §. *exactio* qui en fait partie, puisqu'on n'y voit pas qu'il ait pu en avoir d'autres; et que les deux raisons pour lesquelles les fruits et les intérêts appartiennent au mari, savoir qu'il est le maître de la Dot, et qu'il supporte les charges du mariage, cessent dès qu'il est dissous. »]

Il est un cas où, lors même que la Dot consiste en argent, la femme peut se la faire payer avant l'année. C'est quand son mari la lui a léguée. C'est le seul effet que produise le legs de la dot.

Les héritiers du mari doivent donner caution. Faute de la donner, ils peuvent être contraints, sans qu'on soit obligé d'attendre l'expiration de l'année.

[[C'est ce que décide la loi 24, §. 2, D. *soluto matrimonio.* Mais le Code Napoléon, tout en adoptant les distinctions du droit romain pour l'époque de la restitution de la Dot, n'impose pas aux héritiers du mari l'obligation de donner caution à la veuve dans le cas où ils ont droit au délai d'un an. Voici ce qu'il porte à ce sujet :

« *Art.* 1564. Si la Dot consiste en immeubles, — ou en meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix, avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme, — le mari ou ses héritiers peuvent être contraints de la restituer sans délai, après la dissolution du mariage.

» 1565. Si elle consiste en une somme d'argent, — ou en meubles mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire, — la restitution n'en peut être exigée qu'un an après la dissolution.]]

VI. Pendant l'année du deuil que les héritiers du mari jouissent de la Dot, la femme doit être nourrie et entretenue aux dépens de la succession. On lui donne pour ses alimens une somme d'argent qui est arbitrée suivant la fortune et la qualité du mari, et qu'on nomme *droit de viduité.* Il est dû, quand même la femme n'aurait apporté aucune Dot. Cela est fondé sur ce que, pendant cette année, n'y ayant pas d'arrangement ni de partage, le mariage semble durer encore, comme dit M. Expilli dans ses arrêts, chap. 190; et, par cette raison, les héritiers du mari sont obligés de fournir à toutes les charges du mariage.

Par arrêt du parlement de Toulouse du 21 juillet 1677, il fut jugé que la femme avait droit de demander sou deuil et son droit de viduité, quoique l'héritier du mari lui eût rendu sa Dot.

[[Suivant l'art. 1570 du Code Napoléon, « si le mariage est dissous par la mort de la femme, l'intérêt et les fruits de la Dot à restituer courent de plein droit au profit de ses héritiers depuis le jour de la dissolution. — Si c'est par la mort du mari, la femme a le choix d'exiger les intérêts de sa Dot pendant l'an du deuil, ou de se faire fournir des alimens pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari; mais, dans les deux cas, l'habitation durant cette année, et les habits de deuil doivent lui être fournis sur la succession et sans imputation sur les intérêts à elle dus. »]]

Boniface rapporte un arrêt du parlement de Provence, du 26 février 1654, par lequel il a été jugé que la femme a le choix, quand les biens de son mari se discutent, de demander les intérêts de sa Dot, ou son droit de viduité. Sur quoi Bretonnier remarque, dans ses observations sur Henrys, que cela est juste et doit être observé dans tous les pays de droit écrit, parceque le délai d'un an n'est accordé au mari et à ses héritiers que pour leur donner le temps de chercher de l'argent; et, par conséquent, lorsque les biens du mari sont en direction, les créanciers du mari ne doivent pas avoir ce délai au préjudice de la femme.

Digitized by Google

VII. Au reste, les intérêts de la Dot courent de plein droit au profit de la femme après l'année.

Le parlement de Provence avait jugé le contraire, le 10 juin 1592; mais par un autre arrêt du 26 janvier 1598, il est revenu à cette maxime, qui est tirée de la loi unique, §. *exactio*, C. *de rei uxoriæ actione*. Il l'a encore confirmée depuis par arrêt du 10 juin 1603. *V.* M. de Bésiers, liv. 5, chap. 2, §. 19. — [[Et telle est la disposition de l'art. 1570 du Code Napoléon.]]

Dans le ressort du parlement de Bordeaux, on stipule assez ordinairement que la femme jouira et fera les fruits siens de tous les biens de son mari, et qu'elle aura la faculté d'insister dans cette jouissance par droit de rétention jusqu'à l'entier remboursement de sa Dot et de ses cas dotaux. Ce droit d'insistance est une espèce de nantissement, en vertu duquel la femme jouit des biens de son mari, suivant qu'il est réglé par son contrat de mariage. Plusieurs coutumes accordent le même droit à la femme sous le nom d'assignat.

VIII. La coutume de Bordeaux, art. 52, donne aux héritiers du mari la faculté d'abandonner à la femme une partie des biens de son mari, jusqu'à concurrence de sa Dot, suivant l'estimation, on de les lui abandonner pour en jouir à titre de nantissement; la femme a le choix de les prendre en paiement ou d'en accepter la simple jouissance: elle cesse de faire les fruits siens du surplus du jour des offres. Mais la femme ne peut être forcée à accepter ces offres, qu'autant qu'il ne se trouve ni meubles ni argent comptant, ou qu'il n'y en a pas suffisamment pour la payer. — Au surplus, la femme n'a, dans cette coutume, le droit de jouir des biens de son mari, jusqu'au remboursement de sa Dot, que quand cette faculté lui a été accordée par contrat de mariage.

Mais, dans la coutume d'Acqs, elle l'a en vertu de la loi et sans convention.

L'art. 3 du titre 5 de cette coutume porte: « Le survivant des conjoints qui apporte Dot ou donation pour noces, tient et possède tous et un chacun les biens du défunt, jusques à entière solution et restitution dudit Dot ou donation pour noces, portant les charges comme le défunt faisait en son vivant, et fait les fruits siens en baillant toutefois cautions idoines de rendre lesdits biens non détériorés, quand ledit Dot ou donation pour noces lui sera payé. »

L'art. 12 ajoute: « Es lieux où le survivant a droit de retenir les biens du décédé jusques à satisfaction du Dot ou donation pour noces, quand un héritage expressément obligé pour la restitution du Dot ou donation pour noces, après est vendu ou partie d'icelui, le survivant à qui le Dot ou donation pour noces doit être restitué, jouira dudit héritage, ensemble de la partie d'icelui vendu, nonobstant ledit achat, jusques à ce que ledit Dot ou douation pour noces lui soit rendu: et, si aucun créancier vent satisfaire à celui qui doit répéter ledit Dot ou donation pour noces, il doit jouir des biens obligés, tant pour son dû que pour ledit Dot. »

On voit, en comparant ces deux articles, que la femme a, en vertu de la coutume, la jouissance de tous les biens de son mari jusqu'à l'entier remboursement de sa Dot; mais qu'on peut déroger, par contrat de mariage à la disposition de l'art. 5, et ne donner à la femme que la jouissance de certains héritages; ce qui résulte évidemment des termes de l'art. 12, *quand un héritage expressément obligé pour la restitution du Dot*. On voit aussi que la femme ne peut pas être dépossédée des héritages dont elle a la jouissance, à moins qu'on ne la rembourse entièrement. Cela est encore confirmé par l'art. 15 qui suit: « Quand le survivant des conjoints pour restitution du Dot on donation pour noces jouit des biens obligés, et y a fils ou fille demeurant sur lesdits biens pour être nourris, lesdits fils ou filles ne se peuvent marier sur lesdits biens, jusques à ce qu'ils aient payé ledit Dot ou donation pour noces au conjoint survivant qui possède lesdits biens. »

La coutume de Bourgogne, ch. 4, art. 17, accorde à la femme survivante le droit de jouir des biens sur lesquels le mari a assigné sa Dot, sans imputer les fruits sur le sort principal. Les héritiers de la femme ont aussi le droit de jouir de ces assignats; mais ils imputent les fruits sur le sort principal, à moins que le contrat de mariage ne déroge à la coutume.

La coutume de Nivernais, ch. 12, art. 13, contient les mêmes dispositions par rapport à la femme. Elle diffère de la coutume de Bourgogne, en ce que celle-ci donne le même droit aux héritiers de la femme.

[[Toutes ces dispositions sont abrogées par le Code Napoléon. *V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7.]]

IX. Le mari ou ses héritiers doivent rendre les choses non estimées en nature, telles qu'elles sont. Si elles ont reçu quelque augmentation, la femme en profite, comme elle souffre de la perte des diminuutions qui sont survenues.

[[Le Code Napoléon contient là-dessus les dispositions suivantes:

« *Art.* 1566. Si les meubles dont la propriété reste à la femme ont deperi par l'usage, et sans la faute du mari, il ne sera tenu de rendre que ceux qui resteront, et dans l'état où ils se trouveront.

» Et néanmoins, la femme pourra, dans tous les cas, retirer les linges et hardes à son usage actuel, sauf à précompter leur valeur lorsque ces linges et hardes auront été primitivement constitués avec estimation.

» 1567. Si la Dot comprend des obligations ou constitutions de rente qui ont péri ou souffert des retranchemens qu'on ne puisse imputer à la négligence du mari, il n'en sera point tenu, et il en sera quitte en restituant les contrats. »

L'art. 1568 ajoute: « Si un usufruit a été consti-

Digitized by Google

tué en Dot, le mari ou ses héritiers ne sont obligés, à la dissolution du mariage, que de restituer le droit d'usufruit, et non les fruits échus durant le mariage.»

On trouve des dispositions analogues à celle-ci dans la loi 57, D. *soluto matrimonio;* et dans les lois 66 et 78, D. *de jure Dotium.*]]

X. Le mari est garant des pertes que la femme souffre, quand c'est lui qui les a occasionnées par sa faute ou par sa négligence; comme s'il a laissé passer dix ans sans exiger le paiement de la Dot, et que, pendant ce temps, les débiteurs soient devenus insolvables [[*V.* ci-devant, §. 3, n. 8]]; s'il a laissé prescrire les créances de la femme; s'il a suivi la foi du débiteur, soit en acceptant une délégation, soit en innovant la dette. Mais les débiteurs de la Dot ne sont pas libérés envers le mari; c'est pourquoi, si la femme est héritière de celui qui l'a dotée, elle ne pourra pas poursuivre son mari, ni l'accuser de négligence pour n'avoir pas fait les poursuites nécessaires.

Si la femme a apporté en Dot une portion dans un fonds commun dont le copropriétaire a demandé partage, et qui, par l'événement, a été adjugé en entier à celui-ci, la Dot de la femme consiste dans le prix qui a été payé au mari; et quoique ce prix soit, en quelque sorte, représentatif d'un immeuble, on ne peut cependant pas en demander la restitution aussitôt après la dissolution du mariage. [[Loi 78, §. 4, D. *de jure Dotium.*]]

Il en est de même des choses que le mari a vendues du consentement de la femme, comme s'il a vendu des meubles, des pierres d'une carrière, des arbres de haute futaie qui ne sont pas au nombre des fruits; l'argent provenant de cette vente fait partie de la Dot.

Le mari doit rendre, non seulement l'accroissement survenu au fonds dotal, mais ce qui en a été séparé et ce qui en reste. Le jurisconsulte Alfenus donne pour exemple un mari qui avait abattu, à la prière de sa femme, un plant d'oliviers sur le fonds dotal, pour en faire un nouveau: le mari étant mort avant d'avoir exécuté son projet, le jurisconsulte a décidé qu'on devait rendre à la femme les bois d'oliviers qui avaient été coupés. Loi 8, D. *de pactis dotalibus.*

Quand le mari s'est rendu adjudicataire d'un héritage vendu par licitation dont sa femme lui avait apporté en Dot une moitié indivise, cet héritage n'est réellement dotal que pour moitié: cependant la femme peut forcer les héritiers de son mari à lui en abandonner la totalité, en leur remboursant le prix que son mari a payé, parcequ'il n'était devenu acquéreur de cette moitié qu'en vertu de l'action qui appartenait à sa femme contre ses copropriétaires, à fin de partage. Les héritiers du mari ont également le droit de forcer la femme à se charger de tout. Loi 78, §. 4, D. *de jure Dotium*, verset *quòd si marito.*

XI. La femme doit-elle entretenir les baux faits par son mari?

Cette question est résolue différemment par les auteurs, qui se fondent pour soutenir des opinions directement contraires, sur le §. 4, de la loi 15, D. *soluto matrim.* Ce paragraphe est conçu en ces termes: *Si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum fertè annum divortium intervenerit: Sabinus ait non aliàs fundum mulieri reddi oportere, quàm si caverit, si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id à se præstatum iri. Sed et mulieri cavendum quidquid præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum.* Avant de chercher le sens de ce paragraphe, il faut reprendre les choses d'un peu plus haut. Nous ne pouvons être obligés que lorsque nous contractons nous-mêmes, ou lorsque nous sommes héritiers de ceux qui ont contracté. On dira peut-être, le mineur est obligé par le fait de son tuteur; mais c'est par la raison qu'il est censé s'obliger lui-même par le ministère de celui qui est *ejus mens et consilium:* au contraire, le mari n'agit pas pour sa femme, mais pour lui-même: il loue les biens dotaux comme les siens propres: c'est à cet effet que les lois le regardent comme propriétaire: *est dominus Dotis, Dos est in bonis mariti.* Arrivant la dissolution du mariage, la propriété du mari est résolue: la femme la recouvre en vertu d'un droit qui lui appartient, et qu'elle ne tient pas de son mari; elle revoque les alienations qu'il a faites, elle fait disparaître les charges qu'il a imposées; or, le bail d'un héritage est une espèce de charge momentanée: c'est un usufruit dont le locataire paye le prix tous les ans. La femme ne doit pas être obligée à supporter cette charge. Le paragraphe cité ne fait donc que confirmer la règle, en disant que le fonds dotal ne doit pas être rendu à la femme, qu'elle n'ait auparavant donné caution de garantir le mari des condamnations que le fermier pourrait obtenir contre lui; car le mari n'aurait aucun recours à craindre, si la femme ne pouvait expulser le fermier. L'obligation imposée à la femme, de donner caution, suppose donc qu'elle pourra agir contre le fermier: et que cette action pourra réfléchir contre son mari. Le fermier peut avoir recours contre le mari pour répéter un pot-de-vin qu'il a donné, ou des paiemens faits d'avance; et comme ce même paragraphe oblige le mari à restituer à la femme ce qu'il a reçu, il oblige de même la femme à le garantir de toute répétition.

Il n'en est pas de même en pays coutumier. Suivant l'art. 227 de la coutume de Paris, la femme est obligée d'entretenir les baux faits par son mari, sans fraude, lorsqu'ils n'excèdent pas six ans, pour les héritages sis à Paris, et neuf ans pour ceux de la campagne.

[[L'art. 1429 du Code Napoléon en dispose de même pour les baux qui n'excèdent pas neuf ans, sans distinguer si ce sont des biens de ville ou des biens de campagne qui y sont compris. Mais sa disposition ne frappe par elle-même que sur les baux des biens de la femme commune. Elle est cependant aussi applicable aux baux de la femme mariée sous le régime dotal; mais c'est en vertu de l'art. 565. *V. Usufruit.*]]

Digitized by Google

§. XII. *Quelles sont les actions et les hypothèques sur les privilèges que la femme a pour se faire restituer sa Dot ? Comment s'éteignent ces actions, ces privilèges et ces hypothèques ?*

I. Suivant le droit romain, la femme on ses héritiers ne peuvent se mettre d'eux-mêmes en possession des biens dotaux; il faut qu'ils en demandent la restitution.

Dans nos mœurs, la femme en est saisie de plein droit. Elle peut intenter la complainte, si elle est troublée dans sa possession. L'espèce de propriété qu'avait le mari s'est éteinte à sa mort; ce n'était qu'un domaine civil, et une charge imposée sur les biens de la femme, en qui résidait toujours la vraie et naturelle propriété. Elle en jouissait même conjointement avec son mari, puisque les fruits étaient censés employés à sa nourriture et à son entretien.

Les héritiers de la femme en sont également saisis en vertu de la règle, *le mort saisit le vif*, qui a lieu par tout le royaume; et les fruits leur appartiennent du jour de la dissolution du mariage. — [[*Code Napoléon*, art. 1570.]]

A l'égard des biens estimés, la femme y a une hypothèque privilégiée avant tout créancier. Outre cela, lorsque le mari ne les a pas aliénés, elle peut les revendiquer; mais les héritiers du mari peuvent empêcher la revendication en la remboursant. Un créancier, même postérieur, peut lui offrir son paiement. — [[Mais *V.* ci-dessus, §. 7, n. 1; et §. 11, n. 4.]]

II. Justinien a encore accordé à la femme et à ses enfans, sur les biens du mari, une hypothèque tacite et privilégiée par préférence à tout autre créancier, même antérieur au mariage. Loi *assiduis* 12, C. *qui potior. in pign. hab.* Il faut excepter le fisc, à l'égard duquel on suit la règle ordinaire, *prior tempore potior jure.*

La femme a le même privilège pour les sommes qui lui étaient dues par son mari avant le mariage, et qu'elle s'est constituées en Dot, parceque la constitution dotale opère une novation. Le mari n'est plus comme auparavant un simple débiteur; sa dette a cessé d'être exigible, si ce n'est dans les cas où il y a lieu à la répétition de la Dot.

De tous les parlemens du royaume, il n'y a que celui de Toulouse qui ait conservé aux femmes ce privilège auquel il a cependant apporté quelques exceptions. Il n'a lieu qu'en faveur de la femme et de ses enfans; il ne passe pas à ses autres héritiers. Les créanciers en empêchent l'effet, en faisant signifier leurs créances à la femme avant le mariage. [[*V. Dénonce*; et ci-après, p. 209, col. 1.]]

Les enfans du premier lit ne sont pas tenus de faire signifier leurs créances. Ils conservent leur hypothèque sur le bien de leur père, non seulement pour la Dot de leur mère, mais aussi pour ses biens paraphernaux et pour le reliquat de leur compte, tant en principal qu'intérêt, pour être payés préférablement à la Dot de leur belle-mère.

Quoique la loi *assiduis* ne soit pas exécutée au parlement de Provence, il y a cependant un cas où l'hypothèque de la femme passe avant celle des créanciers antérieurs au mariage; savoir, sur les biens donnés en faveur du mariage. Les créanciers ne doivent pas envier à la femme cette préférence, puisque, sans le mariage, leur débiteur n'eût pas acquis ces biens.

Dans le Lyonnais, la femme n'a de privilège que sur les meubles.

[[La loi *assiduis* est abrogée dans toute la France; mais, dans toute la France, la femme a sur les biens de son mari une hypothèque légale pour la restitution de sa Dot : cette hypothèque prend rang, même sans inscription hypothécaire, pour les sommes que la femme a apportées en Dot, à compter du jour du mariage; et pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues, ou de donations faites à la femme pendant le mariage, à compter, soit du jour de l'ouverture des successions, soit de celui où les donations ont en leur effet. *Code Napoléon*, art. 1522 et 2135.

Que doit-on décider à cet égard, quand le mariage a été contracté en pays étranger ? *V. Hypothèque.*

Quant à l'hypothèque subsidiaire de la femme sur les biens grevés de substitution dans la personne du mari, *V. Substitution fidei-commissaire*, sect. 27, §. 5.

Du reste, la Dot de la femme ne jouit plus d'aucun privilège sur les meubles. *V.* le Code Napoléon, art. 2101.]]

Dans la coutume de Bordeaux, lorsque le mari est en communauté avec ses frères, les biens de la communauté sont hypothéqués au paiement de la Dot.—« *Item* (porte l'art. 44 de cette coutume), si une femme contracte mariage en maison où il y a plusieurs frères communs en tous biens au temps dudit contrat, non seulement les biens de son mari sont obligés à la restitution du Dot, mais aussi les biens des autres frères; et pourra ladite femme, par vertu de ladite coutume, avoir et demander sondit Dot sur les biens desdits frères. »

[[Cette disposition est abrogée par le Code Napoléon : la femme n'a plus hypothèque que sur la portion indivise du mari dans les biens communs entre lui et ses frères.]]

III. L'action pour la restitution de la Dot, [[en cas de séparation de corps ou de biens]], s'éteint lorsque les époux séparés se remettent ensemble.

Elle s'éteint aussi [[dans tous les cas]], non seulement par le paiement, mais encore par la délégation. Il est même à remarquer, sur ce dernier point, que si le débiteur délégué n'est pas solvable, la femme a un recours de garantie contre son mari. Loi 22, §. 2, D. *soluto matrimonio.* —[[Mais cette loi ne peut être entendue que du cas où c'est par le dol du mari, ou de ses héritiers, que la femme a été induite à accepter la délégation d'un débiteur non

Digitized by Google

solvable. Cela résulte du mot *decepta*, qu'emploie cette loi. Aussi, sur ce mot *decepta*, Godefroy met-il en note : *Dolus dans causam novationi et liberationi, reddit ipsam ipso jure nullam. V. Délégation.*]]

Cette action s'éteint encore par la confusion, lorsque la femme a été instituée héritière par son mari, ou qu'elle en a reçu un legs pour lui tenir lieu de sa Dot. Si le testateur n'a pas dit expressément que la femme se contenterait du legs, on présume que le mari a voulu avantager sa femme, sans préjudicier à ses droits. *V. Confusion* et *Legs.*

L'action pour la répétition de la Dot s'éteint pareillement par la prescription, qui ne commence à courir que du jour que la femme a pu agir. *V. Prescription.*

Enfin, la femme perd sa Dot lorsqu'elle a été condamnée pour cause d'adultère ; et le mari la gagne, lorsqu'il n'y a pas d'enfans : s'il y en a, il ne lui en appartient qu'une portion virile qu'il est obligé de leur réserver.

[[Telle était, en effet, la disposition des lois romaines, notamment de la loi 8, §. 5, C. *de repudiis ;* de la novelle 22, chap. 15, §. 2 ; et de la novelle 117, chap. 8.

Mais ces lois sont abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12. (*V. Adultère.*)

Elles l'étaient même déjà par la loi du 20 septembre 1792, ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 2 ventose an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 356.

IV. Sous l'empire de l'édit du mois de juin 1771, le défaut d'opposition au sceau des lettres de ratification prises par l'acquéreur des biens du mari, purgeait-il l'hypothèque de la Dot de la femme? *V. Lettres de ratification.*

Comment cette hypothèque se purge-t-elle depuis la publication du Code Napoléon? *V. Hypothèque.*

V. La femme qui, devenue veuve, reçoit pendant plusieurs années, les arrérages de la rente qui lui a été constituée pour prix de ses biens dotaux illégalement aliénés, est-elle censée ratifier l'aliénation de ces biens, et peut-elle encore en demander la nullité ? *V.* ci-devant, §. 8, n. 2.]]

§. XIII. *Quelles déductions le mari ou ses héritiers peuvent-ils faire, lors de la restitution de la Dot?*

I. Le mari gagne les fruits de la Dot pendant la dernière année, à proportion du temps qu'a duré le mariage. Quand il a été mis en possession avant le mariage, l'année ne commence à courir que du jour du mariage, parceque les fruits qu'il a recueillis auparavant augmentent la Dot : s'il n'a été mis en possession que depuis le mariage, l'année ne commence à courir que du jour qu'il est entré en jouissance.

Mais on demande comment se doit faire la contribution, et quels fruits y doivent entrer. Par exemple, une femme se marie le premier octobre, et apporte en Dot quelques arpens de vigne, que le mari vendange peu de temps après ses noces : ne voulant pas faire valoir par lui-même, il afferme ces vignes le premier novembre suivant, et meurt trois mois après. Le mari n'a rien à prétendre dans la vendange qu'il a faite ; il ne lui appartient que le tiers des fermages pour les quatre mois qu'a duré le mariage ; mais les héritiers, en restituant le produit de la vendange, retiendront, par forme de compensation, le tiers du prix du bail qui leur appartient. Loi 7, §. 1, D. *soluto matrimonio.*

De même si la moisson est faite avant la dissolution du mariage, et que la vendange ne se fasse qu'après, le mari ou ses héritiers, si c'est lui qui est prédecédé, retiendront sur la moisson ce qui doit leur revenir du produit de la vendange future.

Suivant l'art. 231 de la coutume de Paris, les fruits des propres de la femme pendans par les racines, au temps de la dissolution du mariage, lui appartiennent, en remboursant la moitié des labours et semences, si elle accepte la communauté, ou la totalité, si elle y renonce.

La coutume de Saint-Sévar a une disposition toute particulière à ce sujet ; elle porte, tit. 11, art. 13 : « Quand la Dot est en biens immeubles portant fruits, si, au temps du décès de la femme ou de ses enfans, les œuvres sont commencées à faire les fruits apparens, ne se doit rendre ledit Dot jusques les fruits soient cueillis, lesquels fruits le mari peut faire siens. — Mais si (ajoute l'art. 14) les œuvres étaient commencées à faire, et les fruits n'y sont apparens, se doit rendre incontinent, en lui payant lesdites œuvres. »

[[Cette disposition est abrogée par l'art. 1571 du Code Napoléon, qui est calqué sur le droit romain : « A la dissolution du mariage (porte-t-il), les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme, ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré pendant la dernière année. L'année commence à courir à partir du jour où le mariage a été célébré. »]]

II. Le mari ou ses héritiers prélèvent sur les fruits la dépense qu'il a fallu faire pour la culture et pour la récolte ; et la dépense particulière pour une espèce de fruits ne se prend pas seulement sur cette espèce, mais sur toutes les autres. Par exemple, si l'année a été stérile, et que la moisson n'ait pas fourni au mari suffisamment pour se remplir de ses frais de culture et semence, il déduira le surplus de ce qui lui manque sur la vendange. *Quod in sementem erogatur, si non responderint messes, ex vindemiâ deducetur; quia totius anni fructus est.* Loi 8, §. 1, D. *soluto matrimonio.*

III. Les pierres tirées des carrières ouvertes sur le fonds dotal ne sont pas des fruits, non plus que les arbres de haute futaie, parcequ'on ne peut exploiter les bois ni les carrières sans diminution de la substance. Le jurisconsulte Paul décide cependant que le profit des pierres appartient au mari, à moins qu'il n'y ait une stipulation contraire. Mais *V. Usufruit.*

Digitized by Google

La femme ou ses héritiers doivent tenir compte au mari des impenses qu'il a faites sur le fonds dotal. *V. Améliorations.*

IV. Le mari peut encore répéter ce qu'il a dépensé pour sa femme, et qui n'est pas charge du mariage, comme s'il l'a rachetée de captivité, s'il a retiré son père et sa mère de prison. *Potest dici (ut et Celso videtur) inesse hunc sumptum actioni de Dote, maximè si ex voluntate filiæ facta sit.* Loi 21, D. *soluto matrimonio.*

[En est-il de même des frais funéraires? La loi 13, C. *de negotiis gestis*, et la loi 3, C. *de religiosis et sumptibus funerum*, décident que le mari a droit de les déduire sur la Dot; et c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Provence du 20 février 1696, rapporté dans le Recueil de M. de Bésieux, liv. 5, chap. 2, §. 20.

A l'égard des frais de la dernière maladie, le même arrêt a décidé qu'ils ne doivent pas être déduits. M. de Bésieux en cite encore un autre arrêt rendu de son temps dans la chambre où il était de service, et il ajoute : « Les arrêts de la cour n'adjugent ces frais que dans des circonstances particulières, fondées sur la brièveté du temps que le mariage a duré, qui n'a pas permis au mari de jouir considérablement des fruits de la Dot, sur l'exiguité de cette Dot, ou sur la longueur de la maladie. En effet, par celui du 7 avril 1645, la cour liquida les frais funéraires et ceux de la dernière maladie à 30 liv. en faveur du mari, à cause de l'exiguité de la Dot qui n'était que de 1,000 liv. Si, par celui du 23 mars 1646, il fut dit que sur la Dot de Juriane, épouse de Bouchet, les frais de la dernière maladie seraient déduits, c'est qu'il y avait preuve au procès que Juriane avait été long-temps paralytique. »]

§. XIV. *La femme peut-elle disposer de sa Dot par testament?*

La femme ne peut pas disposer de sa Dot par testament au préjudice du droit de retour, qui appartient à celui de ses ascendans qui l'a dotée, ni au préjudice de son mari, lorsqu'il gagne la Dot.

Dans la coutume de Toulouse, où le mari gagne la Dot, avec charge de la rendre à ses enfans, la femme n'en peut pas disposer, à moins qu'elle s'en soit réservé la faculté par contrat de mariage. Le mari et la femme conjointement n'en peuvent pas disposer au profit d'étrangers, ni même en faveur d'un de leurs enfans au préjudice des autres. C'est une réserve qu'ils tiennent de la prévoyance de la loi; mais cela n'a lieu que dans l'étendue de la coutume et dans le cas où la femme prédécède; car si la femme survit, la Dot lui revient libre, et elle en dispose à sa volonté, soit qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas d'enfans.

[[On a vu plus haut, §. 11, n. 2, que ces dispositions de la coutume de Toulouse sont abrogées.]]

§. XV. *La Dot est-elle sujette au retranchement de la légitime? Peut-elle être révoquée, soit pour survenance d'enfans, soit pour ingratitude, soit pour fraude faite aux créanciers?*

I. Quoique la Dot soit regardée comme une dette du père envers sa fille, et comme un contrat onéreux envers le mari, elle est cependant, comme les donations, sujette au retranchement de la légitime; car la légitime est également une dette du père dont il ne peut priver ses enfans. La Dot est une libéralité en ce qu'elle excède la légitime, et la fille mariée ne peut jouir de cette libéralité au préjudice de ses frères et de ses sœurs. [[*V. Légitime* et l'art. 1090 du Code Napoléon.]]

II. Elle est révoquée par la survenance d'enfans. [[*V. Donation*, sect. 7, n. 2.]]

III. L'ingratitude de la femme ne peut pas donner lieu à la révocation de la Dot au préjudice du mari. Loi 70, §. *patrona*, D. *de jure Dotium*; loi. 24, C. *eod. tit.* Mais, cessant l'intérêt du mari, la Dot peut être révoquée quand elle a été constituée par un étranger.

Il y a plus de difficulté à l'égard du père; car il ne doit pas être considéré comme un donateur, puisqu'il est obligé de doter, que sa fille a action contre lui pour l'y contraindre suivant ses facultés, et qu'il n'a fait qu'acquitter sa dette. — Cependant il faut décider que la Dot constituée par le père peut être révoquée pour l'une des causes déterminées par les lois : l'état de père et celui d'enfant renferment des obligations corrélatives. Si le père est obligé d'entretenir ses enfans et de pourvoir à leur établissement, ils sont obligés, de leur part, à des devoirs de respect, de soumission et de reconnaissance qu'ils ne peuvent se dispenser de remplir, sans détruire les rapports qu'il y a entre eux et leurs parens. Or, il est de la nature de toutes les obligations réciproques, que celui qui a satisfait à l'engagement, peut répéter ce qu'il a donné ou payé, lorsque l'autre y a contrevenu; le père qui a doté sa fille, et a ainsi acquitté l'obligation que la loi lui imposait, peut revoquer la Dot qu'il a donnée, lorsque la fille s'est rendue ingrate envers lui, parce qu'elle a péché contre la loi naturelle et politique. — Enfin, l'obligation de doter est de même nature que celle de laisser la légitime; toutes les deux prennent leur source dans la qualité de père. L'enfant reçoit, avec la naissance, un titre de propriété sur une partie des biens qui composeront la succession de son père; cependant il n'est pas douteux que cette propriété ne puisse lui être enlevée pour cause d'ingratitude. La fille doit donc être privée de sa Dot pour la même raison.

[[L'art. 959 du Code Napoléon ne permet plus d'avoir égard à ces raisons : il porte sans distinction ni réserve que « les donations en faveur de mariage, ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude; et cette disposition s'applique à la Dot constituée par le père comme à la Dot constituée par l'étranger : car aujourd'hui, la constitution de Dot de la part du père, a tous les caractères d'une donation parfaitement libre. *V.* ci-d., §. 1, n. 7, et *Ingratitude.*]]

Digitized by Google

IV. La Dot peut être révoquée lorsqu'elle a été constituée en fraude des créanciers, suivant la loi 2, C. *de revocandis quæ in fraudem creditorum*, où l'empereur Alexandre répond à une femme : Si vous avez renoncé à la succession de votre père pour conserver ce qui vous a été donné en Dot, les créanciers, qui ne peuvent pas prouver avoir hypothèque sur les choses qui vous ont été données, n'ont pas d'action contre vous, à moins qu'on ne prouve que les biens du défunt n'étaient pas suffisans, et que la Dot a été constituée en fraude des créanciers. *Si successione patris abstenta fuisti, ob ea quæ in Dotem data sunt, convenire te creditores nequeunt, quibus pignora in Dotem data non docentur, nisi bonis defuncti non sufficientibus, in fraudem creditorum Dotem constitutam probabitur.*

Ulpien décide de même, dans la loi 10, §. 14, D. *quæ in fraudem creditorum*, que la Dot qu'une femme s'est constituée en fraude de ses créanciers doit être révoquée.

Pour que la révocation ait lieu, il faut que les créanciers prouvent que leur débiteur n'était pas solvable dans le temps où il a constitué la Dot, ou que cette Dot l'a rendu insolvable; car sans cela elle ne pourrait pas être regardée comme frauduleuse, et le donataire ne pourrait pas être recherché. Il faut que les créanciers commencent par discuter les biens restaus. Enfin, la révocation ne peut avoir lieu contre le mari que lorsqu'il a participé à la fraude, et qu'il connaissait les facultés de son beau-père au temps de son mariage. *Ait prætor : quæ fraudationis causâ gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit* (loi 1, D. *quæ in fraudem creditorum*). *Ait prætor : quæ Lucius Titius fraudandi causâ sciente te, etc.* (Loi 10, *eod. tit.*)

Selon Coquille, *question* 133, « il semble que si le père, au temps qu'il manie les finances du roi, marie sa fille et lui paye Dot ample, et par après il advienne que le père soit reliquataire envers le fisc, le fisc pourra avoir recours sur cette Dot et contraindre le mari à la restituer, comme ayant été la Dot payée des deniers du fisc. »

Par l'art. 10 de la déclaration du roi, du 22 novembre 1648, il est dit : « Et pour sûreté des revenus qui nous appartiennent, et conserver les hypothèques des créanciers, voulons que les biens *de quelque nature que ce soit*, qui appartiendront à ceux qui auront pris nos fermes, traité avec nous et pris en partie, leurs cautions et intéressés, et ce qui aura été donné par eux à leurs enfans, en faveur de mariage ou autrement, demeurent affectés et hypothéqués à toutes leurs créances. »

Le fisc peut donc faire révoquer les Dots, non seulement lorsqu'elles consistent en immeubles sur lesquels il a hypothèque, mais même celles qui sont constituées en argent comptant ou autres effets mobiliers.

[[Il ne le pourrait plus aujourd'hui; et en général aucun créancier ne serait recevable à faire révoquer comme faite en fraude de ses droits, une constitution de Dot purement mobilière. *V. Action paulienne*, et l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12.]]

Par un édit de 1532, art. 3, il était défendu aux pères financiers de donner en Dot à leurs filles au-delà du dixième de leurs biens, à peine d'amende arbitraire.

[[La loi du 30 ventose an 12, art. 7, aurait abrogé cet édit, si déjà depuis long-temps il ne l'eût été par la désuetude dans laquelle il était généralement tombé.]]

§. XVI. *La Dot est-elle sujette au rapport, de la part de la fille dotée, qui n'a pu se la faire restituer par son mari ni par ses heritiers?*

En pays de droit écrit, lorsque le mari est décédé insolvable, et que la femme n'a pu recouvrer sa Dot, on distingue : si elle l'a perdue par sa faute, et ne s'est pas fait séparer quand elle a vu les affaires de son mari se déranger, la perte tombe sur elle, et elle est obligée de faire état de sa Dot sur sa portion héréditaire : si on ne peut lui imputer aucune faute, et qu'elle n'ait pu agir, comme si elle était mineure soumise à la puissance paternelle, et que son père lui ait refusé son consentement, elle est quitte, en rapportant l'action qu'elle a contre la succession de son mari; c'est la disposition de la novelle 97, ch. 6. (M. Lafores.) *

[[Mais cette disposition est aujourd'hui sans objet quant à la fille mineure soumise à la puissance paternelle; car aujourd'hui le mariage émancipe dans toute la France.

Du reste, voici ce que décide sur la question proposée en tête de ce §., l'art. 1573 du Code Napoleon :

« Si le mari était déjà insolvable, et n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une Dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari, pour s'en faire rembourser. — Mais si le mari n'est devenu insolvable que depuis le mariage, — Ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait lieu de bien, — La perte de la Dot tombe uniquement sur la femme. »]]

§. XVII. *Quelles sont, sur la Dot, les règles particulières au ressort du parlement de Pau?*

* I. Les Dots en Béarn conservent leur caractère, non seulement pendant le mariage, mais encore pendant qu'il y a des enfans qui en descendent : elles forment un patrimoine inaliénable jusqu'à un certain degré, et indisponible par toutes sortes d'actes gratuits. C'est un genre de fidéicommis graduel et perpetuel, qui se conserve sur la tête de tous les descendans du mariage; et qui, après avoir été transmis jusqu'au dernier enfant d'une ligne, remonte pour passer sur la tête de ses collatéraux, tant qu'il reste quelque descendant du mariage.

Cette transmission sans bornes de ce genre de

Digitized by Google

fidéicommis étant trop contraire au commerce, engagea les états de Béarn, conformément au droit qu'ils exerçaient alors, de faire un règlement le 11 novembre 1641, suivant lequel on ne peut conserver contre des titres onéreux que les Dots de père, mère, aïeul et aïeule; et le droit des autres Dots plus anciennes demeure prescrit et éteint. C'est en vertu de ce règlement qu'un débiteur, dont les biens sont saisis et décrétés, ne peut demander dans le décret que les Dots déterminées par ce règlement; et le créancier du dotiste a le droit de jouir pendant sa vie des Dots allouées à son débiteur.

Si le privilége de cette transmission paraît exorbitant, il est considérablement affaibli par cette règle de la coutume (art. 6, *Rubrica de marit et molhé, dotz et de tornadotz*) qui veut que la femme ne puisse être préférée aux créanciers antérieurs de son mari; ceci exclut en Béarn le privilége non moins exorbitant de la loi *assiduis*, qui a lieu uniquement dans la Soule pour la *dernière Dot*, en vertu de l'art. 22 de la coutume, titre *des Exécutions*.

Le règlement de 1641, dont on vient de parler, nous apprend que les hommes ont en Béarn des Dots ainsi que les femmes. En effet, l'usage des Dots des hommes y est très fréquent, et ces Dots y ont les mêmes privilèges et la même faveur que celles des femmes. Il y a néanmoins entre les unes et les autres deux différences principales: la première consiste en ce que, pour former les Dots des hommes, il faut employer dans la stipulation certaines expressions spécifiques, telles que celles *pour Dot*, ou *pour aide*, ou *soutien*, ou *support du mariage*, consacrées par des arrêts de règlement du parlement de Navarre, des 9 mai 1699, 27 mars 1711 et 7 avril 1713; au lieu que toutes les sommes qu'une femme apporte en faveur du mariage sont reputées dotales, sans qu'il soit besoin de l'exprimer, étant suffisant que l'intention d'apporter en faveur du mariage paraisse par la seule destination des sommes, ou par l'objet que le mariage y attache. — La seconde différence consiste en ce que la femme, pour raison de sa Dot, a le droit de s'emparer des biens du mari; c'est-à-dire, de s'en mettre en possession et d'en jouir, aux termes de l'art. 3 de la coutume, dans la Rub. déjà citée, jusqu'à ce que sa Dot lui soit assignée ou payée; au lieu que les hommes ne jouissent point de ce privilége.

On peut *dotaliser* les biens présens et les biens à venir, les meubles et les immeubles, conformément aux principes du droit romain: il faut néanmoins observer qu'une femme ou un homme qui ne posséderait que des biens immeubles propres ou avitins, ne pourrait en dotaliser que la quarte, parcequ'on ne peut constituer en Dot que ce dont on peut librement disposer à titre gratuit; et que, suivant l'usage qui s'est introduit en Béarn, à l'exemple de la trebellianique, le possesseur des biens propres ou avitins a en sa libre disposition une quarte de ses biens.

Le règlement de 1641, qui a restreint les Dots conservables à celles des deux degrés de père ou mère, aïeul ou aïeule, n'a lieu que contre les titres onéreux, et dans les distributions des biens. Il en est autrement, lorsque le *dotiste* n'a à combattre que des titres gratuits, c'est-à-dire, des légataires, donataires ou des héritiers des biens libres: dans ces cas, le successeur aux Dots est en droit de prélever dans la liquidation et distinction des biens libres et des biens *vinclés* ou non libres, non seulement les Dots des deux degrés, qu'il conserverait au préjudice des créanciers; mais encore toutes les Dots de ses ascendans, tant qu'il peut en justifier.

Il y a une différence remarquable dans l'hypothèque de la Dot qu'acquiert le mari ou la femme dotiste, sur les biens où la Dot est portée, eu égard à la nature de l'acte dans lequel la Dot se trouve constituée: si c'est dans un contrat de mariage passé devant notaire, l'hypothèque se prend de la date de cet acte: si c'est au contraire dans un contrat (ou articles) de mariage sous signature privée, l'hypothèque ne se compte que du jour de la célébration du mariage.

Suivant l'authentique, *quod locum*, C. *de Dote cautâ non numeratâ*, on ne pouvait, par un privilége particulier aux Dots, opposer après dix ans de mariage l'exception *non numeratæ pecuniæ*: mais on a été plus loin en Béarn; car, après dix ans de mariage, la Dot constituée à la femme est presumée payée; elle a une action ainsi que ses enfans sur les biens de son mari, même au préjudice des créanciers. Ceux-ci peuvent seulement exercer les actions qui auraient été ouvertes au mari pour répéter la Dot qu'on lui aurait promise. On excepte de ce privilége la femme qui a promis elle-même sa propre Dot, et qui doit rapporter la preuve du paiement, et le mari dotiste pour la Dot qu'il s'est lui-même constituée, et pour celle que son père ou autre constituteur lui a promise.

Les lois romaines donnent aux filles une action pour obliger les pères à les doter lorsqu'elles sont en âge de se marier; mais cette action leur est refusée en Béarn et en Navarre, les enfans n'ont aucun droit sur les biens de leur père pendant sa vie. Il est naturel, d'après ce principe, que la jurisprudence n'ait point admis l'action de *inofficiosis Dotibus*, le père étant censé exercer une libéralité lorsqu'il dote sa fille.

La coutume de Béarn, art. 8, Rub. *de mari et femme*, etc. décide que, si l'un des conjoints se remarie, ayant des enfans de son premier mariage, il a droit de reprendre la moitié de sa Dot, qui est acquise aux enfans du second mariage. Le parlement de Navarre juge que ce droit sur la moitié de la Dot est tellement acquis aux enfans d'un second lit, qu'on ne peut les en priver.

L'époux qui se remarie perd l'usufruit des biens des enfans de son premier lit (art. 4, Rub. *de père et fils*): si c'est l'epouse, elle perd, non seulement la propriété de la moitié de la Dot acquise aux enfans du premier lit, mais encore l'usufruit qui reste à ces enfans: elle est d'ailleurs sommise aux autres peines établies par le droit commun.

Digitized by Google

Il a été remarqué que les enfans successeurs aux Dots couvreuet, au préjudice des créanciers postérieurs, celles de leurs pères, mères, aïeuls et aïeules; il faut ajouter qu'ils les conservent sans aucune distraction des portions que les légitimaires ont déjà reçues : ce droit exorbitant a été établi par un réglement des Etats du 3 octobre 1668, pour éviter que les Dots privilégiées étant morcelées par différens partages, ne se réduisissent à trop peu de chose dans l'objet du fidéicommis que la coutume a entendu établir.

On n'est pas même toujours réduit aux Dots des deux degrés envers les créanciers : s'il arrive que, le décret des biens etant commencé sur la tête du petit-fils, ce dernier vienne à décéder, après avoir formé la demande de ses Dots, l'arrière-petit-fils se prévalant de cette demande, gagne les Dots d'un degré de plus, et conserve ainsi celles du père et de la mère, de l'aïeul et de l'aïeule, du bisaïeul et de la bisaïenle; cela est fondé sur ce que le droit étant acquis et demandé, devient transmissible.

L'action pour réclamer les Dots contre un *décretiste*, ainsi que contre le *constituteur* et ses héritiers, dure trente ans, quoique toutes les autres actions hypothécaires soient preseriptibles dans le cas du décret par le terme de cinq ans depuis la dépossession réelle du debiteur, ainsi que nous le remarquons en parlant du décret.

L'art. 7 de la coutume de Béarn, Rub. *de mari et femme*, donne un an au mari pour rendre la Dot aux héritiers de la femme décédée sans enfans; mais il n'en est pas de même à l'égard de la femme : lorsque le mari est decédé, elle a le droit d'exiger à l'instant sa Dot; si elle ne la réclame pas, elle doit, snivant l'art. 2 de la même Rub., être nourrie aux dépens des héritiers de son mari.

Indépendamment du retour légal qui fait revenir la Dot au père constituteur, rien n'est plns fréquent en Béarn que le retour conventionnel stipulé, non seulement par toute sorte de constituteur, mais encore par le frère aîné, debiteur d'une légitime prise sur les Dots et sur les biens avitins, lorsqu'il constitue une Dot à son frère ou à sa sœur puiuée. Cette stipulation est toujours reçue favorablement dans ce cas : elle fait revenir la Dot au constituteur ou à ses héritiers, exempte de tonte hypothéque : on prélève seulement les frais funéraires de la persoune dont le décès a donné lieu au retonr : on ne fait pas néanmoins ce prelèvement sur la Dot, s'ile dotiste a laissé d'autres biens pour faire face aux frais dont il s'agit, qui ne peuvent excéder la dixième partie de la Dot.

Ce droit de retonr auquel une Dot est assujettie, dure antant que la Dot elle-même : en quelque temps et en quelque degré qu'aient cessé d'exister les descendans du mariage, les héritiers du retonr, que nous appelons *tournistes*, réclament et obtiennent la Dot réversible. Il n'est pas nécessaire qu'ils se portent héritiers de celui dont le decès a donné lieu au retour, attendu qu'on regarde le retour comme un droit de sang que l'on recueille *citra jus et nomen hæredis*, de manière que le tourniste répudiant l'hérédité, n'a pas moins de droit de réclamer le retour, que s'il s'était porté héritier de celui par le décès duquel ce droit a été ouvert.

Comme on ne recueille le retour qu'après le décès de tous les descendans du mariage pour lequel la Dot avait été promise, on suppose que le dernier enfant de ce mariage, dont la mort a donné lieu au retour, a réuni en ses mains toutes les portions éparses de ce patrimoine, qui avaient été données aux cadets pour leurs légitimes : c'est par cette raison que le retour a lieu pour l'entière Dot, sans aucune distraction des portions des légitimes que les cadets avaient reçues : telle est la disposition du règlement des Etats du 19 septembre 1656.

Le tonrniste ne peut néanmoins se dispenser de souffrir le retranchement de l'augment que l'époux survivant a pu gagner sur la Dot, lorsqu'il en a été stipulé du consentement des constituteurs, puisque c'est une condition qu'il a lui-même acceptée en constituant cette Dot, et que ce retranchement procède de sa volonté. Ainsi, dans quelque degré que ce retour soit ouvert, ce droit est reduit à ce qui reste de la Dot, l'augment distrait.

Mais il n'en est pas de même à l'égard des créanciers. On suppose que le mari ait gagné, par le prédécès de la femme, un augment sur sa Dot; ses créanciers viennent à saisir et à faire décréter ses biens; les enfans réclament de leur côté la Dot de leur mère; le décrétiste ne s'y oppose point, il prétend seulement retenir l'augment gagne par le mari son débiteur; mais il est décide qu'il ne le peut point, et les enfans conservent la Dot sans distraction de l'augment, qui passe sur leur tête comme bien maternel, *origine inspectâ*.

La Dot assujettie à retour ayant été recueillie, et même le retour étant simplement ouvert, est nn effet libre entre les mains du tourniste, qui en peut disposer à son gré. Lorsqn'une Dot n'a pas été assujettie à rctour, elle est disponible entre les mains du dernier enfant du mariage pour lequel elle a été promise.

Le mari qui se constitue une Dot avec assujettissement à retonr pour lui ou pour ses héritiers, conserve néanmoins le droit d'en disposer lorsque le mariage vient à se dissoudre sans enfans, n'étant point censé qu'il ait voulu se grever lui-même : il en est ainsi de la femme dans le même cas.

Enfin la condition ordinaire du retour, si le dotiste meurt sans enfans, s'entend aussi, à défant d'enfans, des enfans *reduplicativè*, jusqu'au dernier de la ligne, quoique cela ne soit pas exprimé.

II. On suit en Navarre pour les Dots les mêmes règles qu'en Béarn. C'est par-tout le même système et les mêmes singularités; les Dots produisent néanmoins des effets particuliers en Navarre qui sont inconnus en Béarn.

La Navarre est un pays de communauté entre les époux, suivant l'art. 2 de la coutume, Rub. *de matrimon.*; tandis au contraire que la coutume de

Digitized by Google

Béarn (art. 1, Rub. *de Marit et Molhè*), l'exclut expressément, sans néanmoins la défendre.

Lorsqu'en Navarre une épouse porte une Dot à son mari, fils de famille, et héritier présomptif de son père et de sa mère, les époux sont faits coseigneurs avec le père et la mère, c'est-à-dire, qu'ils acquièrent par-là la copropriété des biens avitins de la maison; dès-lors, les nouveaux mariés ont le droit de demander le partage de ces biens, et ils possèdent, après le partage, la moitié qui leur advient, avec toute la plénitude de la propriété. Ils sont tenus de supporter la moitié des charges, et de contribuer pour la moitié au paiement des légitimes des cadets. Les dettes contractées depuis le partage ne peuvent affecter que la portion qui est échue à ceux qui les ont contractées; c'est ce qui résulte des art. 8, 9, 10 et 11 de la coutume, Rub. *de Pay et Filh*.

On attribue les mêmes effets à la Dot lorsqu'elle est constituée à l'époux marié avec une héritière dans la maison du père et de la mère de celle-ci: on appelle le mari ou la femme dotiste du nom d'*adventice*, par opposition à celui de *propriétaire* qui convient à l'héritier ou à l'héritière de la maison.

La Dot opère en Navarre un genre de gain de survie en faveur du dotiste survivant; il gagne, s'il y a des enfans du mariage et si le dotiste ne veut point vivre avec eux, l'usufruit pendant sa vie de la quarte des biens avitins, en supportant par lui la quatrième partie des charges inhérentes à ces biens; et dans ce cas, l'aîné des enfans héritiers doit fournir à l'entretien et à l'éducation de ses frères et de ses sœurs cadets (art. 7 et 8 de la coutume, Rub. *de matrimon.*); dans le cas où il n'y a pas d'enfans, le dotiste n'a que le droit de répéter sa Dot comme en Béarn.

Il n'en est pas en Navarre comme en Béarn pour le droit de retour. La coutume de Navarre a établi ce droit indépendamment de la convention et du retour légal, au lieu qu'en Béarn il n'y a aucun retour coutumier; et outre le retour légal, on n'y connaît que le retour conventionnel. L'art. 5 de la coutume de Navarre, Rub. *des successions*, décide que les légitimes des cadets feront retour à la maison sur laquelle elles auront été prises, et aux *seigneurs d'icelle*, ce qui s'entend aussi bien des *maîtres nouveaux* que des *maîtres anciens*, chose d'autant plus juste, que les uns et les autres ont dû également contribuer au paiement de ces légitimes.

L'action de Dot contre le constituteur ne dure que dix ans en Navarre, suivant l'art. 19 de la coutume, Rub. *des prescriptions*; au lieu qu'en Béarn elle dure trente ans, ce qui est le terme ordinaire des actions personnelles.

III. Les Dots en Soule n'ont aucun caractère particulier: elles produisent quelques uns des effets propres aux Dots en Navarre, savoir, la coseigneurie. Mais les nouveaux mariés n'acquièrent que l'usufruit de leur moitié des biens avitins: les maîtres anciens n'ont pas même une propriété sans bornes, par rapport à l'inaliénabilité absolue que cette coutume a établie dans les biens avitins: ce système est aussi contraire au bien politique de cette petite province, en ce que cette inaliénabilité y enchaîne l'industrie, qu'au bien moral, puisqu'il produit presque constamment une faillite à chaque ouverture de succession, attendu qu'il suffit à l'héritier de protester contre les aliénations de son auteur, tant pour être affranchi de la nécessité de payer ses dettes, que pour révoquer les aliénations des biens avitins, sans charge de restitution du prix de ces aliénations, s'il n'a été employé d'une manière utile au gré de la coutume.

Du reste, la coutume de Soule n'établit de communauté qu'entre les mariés qu'elle appelle (art. 1, *deus drets de maridatge*), *soult et soulte*, c'est-à-dire qui se sont mariés de part et d'autre sur une simple Dot.

Le mari on la femme qui est advenice, et qui a apporté une Dot, doit jouir des biens du prédécédé, s'il y a des enfans, jusqu'à ce que ces enfans soient en âge de se marier; et si depuis cette époque il y a incompatibilité entr'eux, et qu'ils veuillent en venir à un partage, l'advenice doit avoir la jouissance de la quatrième partie des biens immeubles, et la propriété de la quatrième partie des meubles.

Suivant l'art. 15 du même titre, l'adventice, soit mari ou femme, qui a apporté une Dot, a droit d'*insistance* sur les biens que l'on appelle en Béarn et en Navarre, *droit d'emparance*, jusqu'à ce que sa Dot lui soit payée. (M. Mourot.)*

[[Toutes ces règles particulières à la ci-devant Navarre, au ci-devant Béarn et à la ci-devant Soule, sont abrogées par le Code Napoléon; et ces pays sont, sur les matières qui font l'objet de ce paragraphe, soumis au droit commun des Français.

Mais l'abrogation de ces règles, en tant qu'elles concernent le retour de la Dot, n'a-t-elle pas précédé le Code civil? N'a-t-elle pas été prononcée par la loi du 14 novembre 1792, portant abolition des substitutions fidéicommissaires? Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

En 1694, les sieur et dame Bidon de Saint-Martin, domiciliés dans la Navarre, marient leur fille Ursule au sieur Lalanne, lui constituent une Dot de 18,000 livres, et stipulent « qu'en cas de dissolution du mariage sans enfans, ou leur postérité légitime défaillant, la Dot retournera, soit aux père et mère de la future épouse, soit à leur fils et à ses héritiers. » — En 1793, décès de Rosalie Lalanne, dernier rejeton de la postérité d'Ursule Lalanne, sans enfans, et laissant pour héritier le sieur Larregoyen. — En l'an 11, la dame Navailles, qui descend des sieur et dame Bidon de Saint-Martin, fait assigner le sieur Larregoyen devant le tribunal civil de l'arrondissement de Saint-Palais, pour voir dire que le droit de retour établi par le statut navarrais, et expressément réservé par le contrat de mariage de 1694, est ouvert à son profit; et qu'en conséquence, il sera condamné à lui restituer les 18,000 liv. qui ont formé la constitution dotale d'Ursule Bidon de

Digitized by Google

Saint-Martin. — Le sieur Larregoyen soutient que cette somme est devenue libre dans les mains de Rosalie Lalanne, par l'effet de la loi du 14 novembre 1792; et voici la substance des raisonnemens qu'il emploie pour le prouver.

« En Navarre, le retour conventionnel et le retour légal avaient les mêmes effets. La stipulation du retour n'ajoutait rien aux dispositions de la coutume. — Il faut donc raisonner ici comme si le retour demandé par la dame de Navailles n'avait pas été expressément reservé.

» Or, le retour coutumier en Navarre est aboli par la loi de 1792 sur les substitutions; l'art. 53 du décret du 22 ventose an 2 ne permet pas d'en douter. — On demandait à la convention nationale *que la légitime, ou toute autre portion qui en tenait lieu, et que certaines coutumes ne déféraient aux filles en propriété qu'en cas que la ligne masculine vint à défaillir*, fût *aujourd'hui déclarée leur appartenir irrévocablement*. Et par l'article cité, la convention nationale répond à cette question, *qu'elle ne présente qu'une* SUBSTITUTION STATUTAIRE *qui ne peut exister d'après l'abolition de toutes substitutions par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, et qu'ainsi la pleine propriété ne peut être contestée à des légitimaires déjà trop mal partagés.*

» Et comment ne verrait-on pas dans les dispositions de la coutume de Navarre, relatives au droit de retour, une substitution statutaire? Ce retour coutumier a tous les caractères, et produit tous les effets d'un fideicommis. — Aussi, la déclaration du 9 février 1772 porte-t-elle que, *suivant les coutumes de Béarn, les Dots des femmes sont affectées aux descendans du mariage, et à ceux qui les ont constituées par une espèce de substitution légale.* — Qu'est-ce, en effet, qu'une substitution? C'est, d'après tous les jurisconsultes, une disposition qui impose au donataire ou à l'héritier l'obligation de conserver et de rendre à un tiers. Telle est la définition que le Code civil nous en donne. L'art. 896, après avoir déclaré que les substitutions sont prohibées, nous dit : *Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, est nulle.*

» En Navarre, les filles étaient tenues de conserver leur Dot et de la rendre; ce fidéicommis était perpétuel; il ne s'éteignait que par la défaillance de la ligne masculine. Il avait donc tous les effets des substitutions; et, par conséquent, il est aboli avec elles.

» On oppose en vain l'art. 5 de la loi du 23 ventose an 2, qui maintient, pour les anciennes donations, le retour légal *dans les pays et pour les cas où ce droit avait lieu.* — Cet article explique l'art. 74 de la loi du 17 nivose, qui, ne conservant que le retour conventionnel, laissait douter si le retour légal avait encore lieu à l'égard des donations antérieures. — Mais lorsque la loi du 23 ventose parle du retour légal, et qu'elle le maintient en faveur des anciennes donations, elle n'a évidemment entendu parler que du retour établi par les lois romaines, et, à leur exemple, par le droit coutumier. — Or, ce retour légal est personnel au donateur; le droit romain ni les coutumes ne l'accordent point à ses héritiers.

» La coutume de Navarre, par une exception au droit commun, attribuait ce retour à toute la descendance du donateur, et établissait par-là une véritable substitution.

» Dira-t-on que le retour consacré par cette coutume n'avait pas tous les effets d'une substitution, puisque, suivant le réglement des états de Béarn de 1641, la Dot n'était inaliénable à titre onéreux que dans les deux premiers degrés, et que dans les degrés suivans, le retour ne l'emportait que sur les titres gratuits?

» Mais 1°. déjà, dans les deux premiers degrés du moins, le retour est une véritable substitution; c'est ce qui résulte de la déclaration du 9 février 1772 (rapportée à l'article *Lettres de ratification.*) — D'ailleurs il paraît que le réglement de 1641 ne s'appliquait pas au retour coutumier établi en Navarre.

» 2° Lors même qu'en Navarre, le retour coutumier n'aurait formé une substitution que dans les deux ou les trois premiers degrés, et que dans les degrés suivans il n'eût porte aucune atteinte aux titres onéreux, la dame de Navailles ne pourrait pas encore réclamer la Dot constituée, en 1694, à Ursule Saint-Martin.

» Indépendamment de la coutume de Navarre qui établissait le retour, ce droit fut encore stipulé dans le contrat de mariage de 1694. — Or, le retour conventionnel n'ayant souvent lieu qu'après plusieurs générations, toutes les aliénations, les donations et les hypothèques étant anéanties dans tous les degrés au moment de son ouverture, est-il possible de ne pas reconnaître à tous ces caractères une véritable substitution? Que font ici les termes de la stipulation, lorsque les effets en sont les mêmes? Que l'auteur de la substitution l'ait appelé *droit de retour* ou *fidéicommis*, il n'en est pas moins vrai qu'il a fait une *substitution*.

» Dans le nouveau droit romain, il n'y a point d'expressions consacrées pour les actes de cette nature. Il suffit, suivant la loi 2, C. *communia de legatis*, que la clause ne laisse aucun doute sur la volonte de substituer. — Aussi un grand nombre d'arrêts ont décidé qu'il y avait substitution, quoique ce mot ne se trouvât pas exprimé une seule fois dans la disposition. — Et ne serait-il pas bien extraordinaire que les dispositions des coutumes qui établissaient une sorte de fidéicommis, fussent abolies; et que cependant les conventions qui produisaient les mêmes effets fussent conservées?

» Mais, dira-t-on, le retour conventionnel n'est que l'exécution d'une clause résolutoire, qui, par l'événement de la condition, fait rentrer la Dot dans les mains du donateur et de ses héritiers, et

Digitized by Google

qui ne présente pas même l'apparence d'une substitution.

» Nous convenons qu'il n'y a point de substitution, lorsque le retour s'exerce au profit du *donateur;* mais lorsque le retour est stipulé en faveur des *héritiers*, c'est une véritable substitution, puisqu'il appelle des tiers auxquels il faudra *rendre*, pour lesquels il faut *conserver*, et dont le droit ne s'ouvrira peut-être qu'après la révolution de plusieurs siècles. Si ce droit n'est pas une substitution, qu'on nous apprenne donc en quoi il en diffère?

» Cela est si vrai, que le Code civil, qui a maintenu la stipulation du retour, en a borné l'effet au donateur (art. 591), et qu'il s'est bien gardé de l'étendre aux héritiers; autrement, il aurait fait une disposition évidemment contraire à celle de l'art. 896, qui prohibe les substitutions.

» On oppose en vain l'art. 74 de la loi du 17 nivose an 2, qui maintient l'effet du retour stipulé. — Cet article abroge tacitement le retour légal, encore n'est-ce que pour les donations postérieures à la loi du 5 brumaire, ainsi que le déclare l'art. 5 de celle du 23 ventose. Il conserve le retour stipulé ou conventionnel, c'est-à-dire qu'il en maintient l'effet pour les donations antérieures, et qu'il permet de le stipuler dans la suite; mais il ne conserve pas plus d'effet aux anciennes stipulations qu'il n'en attribue aux stipulations futures: puisque la loi ne fait pas entre elles la moindre distinction, nous ne devons, nous ne pouvons en admettre aucune. — Or, croira-t-on qu'en autorisant la stipulation du retour, le législateur a entendu la permettre même en faveur des *héritiers?* Lorsqu'une loi récente avait aboli toutes les substitutions, même antérieures; lorsqu'on avait demandé si souvent, mais en vain, des modifications à cette loi qui trompait l'attente d'un grand nombre de personnes établies, mariées sur la foi des lois anciennes, dans l'espérance et souvent avec la certitude de recueillir les biens substitués, comment s'imaginer que la convention nationale ait permis de faire de nouvelles substitutions? Comment concilier cette volonté qu'on lui attribue, avec l'opinion qu'elle a manifestée deux mois après, dans la loi du 22 ventose, en déclarant que les statuts qui établissaient une sorte de substitution avaient été abolis par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792?

» Si donc la convention nationale a permis la stipulation du retour, ce n'est qu'au profit des *donateurs;* si elle a conservé l'effet des anciennes stipulations, ce n'est également que pour le donateur, et non encore pour ses héritiers.

» Il est donc démontré que l'art. 74 de la loi du 17 nivose n'a conservé le retour, soit légal, soit conventionnel, pour les anciennes donations, et n'a permis la stipulation du retour dans les nouvelles, qu'au profit des donateurs; que le retour établi par la coutume en Navarre ou dans tout autre pays par la convention, n'était, à l'égard des héritiers, qu'un véritable fidéicommis, et qu'il est par conséquent aboli par la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792.

» Ainsi, Rosalie Lalanne ayant survécu à la publication de cette loi, la Dot grevée de substitution, soit par la coutume de Navarre, soit par la stipulation, est devenue libre dans ses mains, et doit par conséquent appartenir à son héritier. »

Nonobstant ces raisons, arrêt de la cour d'appel de Pau, du 19 thermidor an 12, qui, en confirmant un jugement du tribunal de S. Palais, condamne le sieur Larregoyen à rendre à la dame Navailles la Dot d'Ursule Lalanne, — « Attendu que la coutume et la jurisprudence de Navarre faisaient retourner la Dot à ceux qui l'avaient constituée et à leurs héritiers; et qu'ainsi la stipulation de retour portée au contrat de mariage d'Ursule de St. Martin était conforme au droit coutumier; — Que le retour conventionnel a été maintenu par l'art. 74 de la loi du 17 nivose an 2; que le retour légal n'a été aboli par cet article qu'à l'égard des donations postérieures au 5 brumaire an 2; et que, pour les donations antérieures à cette époque, l'art. 5 de la loi du 23 ventose an 2 porte qu'il n'est rien innové par l'art. 74 de celle du 17 nivose, *aux effets du retour légal dans les pays et pour les cas où ces droits avaient lieu;* — Et qu'ainsi la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792 ne concerne que les substitutions expresses; et qu'elle n'a compris dans ses dispositions ni le retour légal, ni le retour conventionnel, puisque ce droit est maintenu par les lois postérieures. »

Le sieur Larregoyen se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et reproduit pour moyens de cassation tout ce qu'il a dit devant la cour d'appel de Pau.

M. Daniels, portant la parole sur cette affaire à la section des requêtes, a ainsi réfuté ces moyens:

« Il s'agit de la légitime d'Ursule Bidon-de St.-Martin, ou d'une Dot qui en tenait lieu. — La coutume de Navarre n'en déférait la propriété à la fille dotée que dans le cas où la ligne masculine vint à défaillir. Jusque-là, elle n'en avait que l'usufruit. — C'est ainsi que M. *Mourot*, avocat et professeur de droit français dans l'université de Pau, a expliqué les coutumes de Navarre et de Béarn à l'article *Dot* du *Répertoire universel de jurisprudence.*

» Faut-il en conclure que la dame de Navailles ne pouvait réclamer la Dot constituée en 1694 à Ursule de St. Martin, et recueillie successivement par les descendans de celle-ci?

» A la vérité, la cour d'appel de Pau n'a pas répondu à l'argument tiré de l'art. 53 de la loi du 22 ventose an 2; et soit qu'on s'attache aux dispositions coutumières, soit qu'on considère les clauses du contrat de mariage passé en 1694, on ne peut douter qu'il y ait dans l'espèce une substitution statutaire abolie par la loi de 1792, interprétée par l'art. 53 de celle du 22 ventose an 2; mais on ne peut y méconnaître un droit de retour bien distinct de la substitution; l'une et l'autre s'y rencontre; il faut seulement les distinguer pour maintenir les effets du droit de retour qui a été conservé, et écar-

Digitized by Google

ter ceux de la substitution qui se trouve abolie.

» Il y a d'abord dans la stipulation du contrat de mariage de 1694 un droit de *retour*, consistant en ce que la Dot était réversible à la ligne masculine. Il y a ensuite dans le même contrat une *substitution*, en ce que la donataire a été chargée de *conserver* et de rendre aux enfans, et ceux-ci aux leurs, à l'infini, la chose donnée.

» La substitution étant abolie, faut-il en conclure que l'abolition s'étend au droit de retour?

» L'art. 74 de la loi du 17 nivose avait maintenu le droit de retour conventionnel. — Et l'art. 5 de celle du 23 ventose a maintenu de même, à l'égard des donations antérieures au 5 brumaire an 2, le retour légal et tous ses effets dans les pays et *pour les cas* où ce droit avait lieu.

» Le droit de retour exercé par la dame de Navailles était legal et conventionnel.

» Avant la publication du Code Napoléon, on n'était pas d'accord sur les effets du retour légal; mais si, suivant le droit commun de la France, la réversion *légale* n'avait lieu qu'en faveur du donateur, la coutume de Navarre en avait disposé autrement; et *Lebrun* observe que la réversion *conventionnelle* devait être considérée comme toute autre stipulation, et pouvait par conséquent s'étendre aux héritiers du donateur qui l'avait stipulée.

» Or, le droit de retour stipulé dans le contrat de mariage de 1694, l'a été en faveur de tous les descendans de la ligne masculine; cette stipulation devait donc, suivant l'art. 74 de la loi du 17 nivose et l'art. 5 de celle du 23 ventose, avoir son effet.

» Les substitutions testamentaires ont été abolies; celles renfermées dans les contrats de mariage l'ont été aussi; et la loi du 22 ventose an 2 déclare qu'il ne faut pas accorder plus d'effet aux substitutions statutaires. — La substitution établie par le contrat de mariage de 1694 a donc été abolie.

» Faut-il, encore une fois, en conclure qu'il en est de même du droit de retour? Non : les dispositions textuelles de la loi et tous les principes s'élèveraient contre cette conséquence; la loi, car elle conserve le droit de retour, lorsque les substitutions étaient déjà abolies; les principes, car le droit de retour stipulé en faveur de la ligne masculine peut avoir son effet, tandis que la substitution faite en faveur des descendans d'Ursule St. Martin n'en aurait plus aucun.

» Admettons que, par l'effet de l'abolition des substitutions, Rosalie Lalanne ait obtenu la propriété pleine et entière de la Dot constituée en 1694 à Ursule St. Martin, et qu'elle ait pu en disposer au préjudice de leur ligne masculine, même à titre gratuit, qu'en résulterait-il? Qu'elle avait cette faculté; mais elle ne l'a pas exercée. Le droit de retour a donc conservé toute sa force.

» Ainsi, par exemple, le parlement de Dijon tenait pour principe, dans les pays de droit écrit de son ressort, que l'effet du droit de retour cessait lorsque le donataire avait disposé, soit entre-vifs, soit à cause de mort, des biens qu'il possédait à charge de réversion. — Telle était également la jurisprudence du parlement de Paris pour les ci-devant provinces du Forez, Lyonnais, Mâconnais et Beaujolais, attestée par *Henrys*, liv. 6, chap. 5, quest. 13. — Cet auteur rapporte un arrêt du 16 septembre 1658, qui déclare le droit de retour de la Dot éteint par l'institution que la fille dotée avait faite au profit de son mari.

» La seule faculté de disposer de la Dot au préjudice des collatéraux n'excluait donc pas le droit de retour; il fallait exercer cette faculté.

» Or, encore une fois, Rosalie Lalanne ne l'a jamais exercée. Le droit de retour a donc dû avoir tout son effet.

» Dans la coutume de Navarre, la *substitution* n'avait lieu qu'en faveur des descendans de la fille dotée; elle était à la fois le moyen d'assurer à la ligne masculine l'exercice du droit de retour que la coutume lui avait accordé. — Ce moyen n'existait plus depuis l'abolition des substitutions.

» Mais dans l'espèce, Rosalie Lalanne n'a pas disposé de la Dot constituée en 1694, à Ursule St. Martin. — La dame de Navailles a donc pu réclamer cette Dot à titre de réversion, comme dans les ressorts des parlemens de Paris et de Dijon; elle aurait pu la reclamer nonobstant la faculté qu'avait la fille dotée d'en anéantir les effets par une disposition contraire. — En un mot, Rosalie Lalanne a recueilli, dans sa ligne, la somme de 18,000 liv. à titre de *substitution;* et la dame de Navailles a réclamé la même somme en vertu d'un simple droit de retour.

» Le droit de retour ne peut être assimilé à une véritable substitution, lorsque le donateur exerce lui-même ce droit. — Ce n'est donc pas non plus une substitution, lorsqu'il est exercé par ses héritiers, qui ne représentent avec lui que la même personne.

» Ainsi, nous pensons que les juges de première instance et d'appel ont fait une juste application des lois de la matière. »

Par arrêt du 11 frimaire an 14, au rapport de M. Borel, — « Attendu que les lois du 17 nivose an 2, art. 74, et du 23 ventose suivant, art. 5, ont conservé les effets des stipulations de retour, et ceux du retour légal dans les pays et pour les cas où ce droit avait lieu à l'égard des donations antérieures au 5 brumaire an 2; que d'après ces lois et d'après ces différences qui existent entre les droits de réversibilité conventionnels et legaux et les substitutions, on ne peut appliquer aux droits de retour l'abolition prononcée par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792; la cour rejette..... »]]

§. XVIII. *Quels sont, en Normandie, la nature et les privileges de l'action en paiement et remplacement de la Dot? Combien dure-t-elle?*

* 1. Comme la Dot, en Normandie, est immeuble, l'action en est immobilière; la femme et son mari, ou ses héritiers, peuvent diriger cette action contre

Digitized by Google

ceux qui ont promis la Dot, et même solidairement contre leurs héritiers, parcequ'en Normandie tous les héritiers sont solidaires; les frères, néanmoins, quoiqu'héritiers, ne sont pas toujours obligés de payer toute la Dot promise par le père et la mère à leur sœur; ils peuvent, dans l'an et jour du décès de leur père et de leur mère, ou dans l'an et jour de leur majorité, quand même ils auraient garanti les donations ou promesses excessives faites par le père et la mère, rédnire ces donations ou promesses à la part qu'aurait en droit de prétendre leur sœur: c'est le vœu des art. 254 et 255 de la coutume, et cela est confirmé par deux arrêts rapportés par Basnage sous l'art. 254. Il faut observer que l'action en réduction n'est accordée aux frères que lorsqu'il a été donné des héritages à la sœur, ou que les deniers et meubles promis ne sont pas encore payés; et que les frères, pour être admis à cette réduction, sont obligés de faire faire bon et loyal inventaire des titres et meubles de la succession, les sœurs ou leurs époux dûment appelés.

II. Voici, au surplus, de quelle manière la coutume règle tout ce qui est relatif à l'action en remplacement de la Dot.

« *Art.* 537. Bref de mariage encombré équipolle à une réintégrande, pour remettre les femmes en possession de leurs biens moins que dûment aliénés durant leur mariage, ainsi qu'elles avaient lors de l'aliénation: et doit être intentée par elles ou leurs héritiers dans l'an et jour de la dissolution du mariage, sauf à se pourvoir après l'an et jour par voie de propriétaire.

» 538. Quand le mari, du consentement de sa femme, ou la femme, de l'autorité ou consentement de son mari, ont vendu et aliéné, les contrats sont bons et valables; et n'y sont la femme ni ses héritiers recevables, cessant minorité, dol, fraude, déception d'outre-moitié de juste prix, force, menace ou crainte telle qui peut tomber en l'homme constant: car la seule révérence ou crainte maritale n'est suffisante.

» 539. Si la Dot de la femme a été aliénée en tout ou partie, et que les deniers ne soient convertis à son profit, elle aura récompense du juste prix sur les biens de son mari, du jour du contrat de mariage et célébration d'icelui.

» 540. Et où la femme ne pourrait avoir sa récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs dudit Dot, lesquels ont option de lui laisser, ou lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'il pouvait valoir lors du décès de son mari. »

Par l'art. 121 du règlement de 1666, la femme est dispensée d'avoir recours à la saisie réelle; elle peut demander que les fonds non aliénés lui soient donnés à due estimation.

Cette action peut avoir des effets différens, selon que la Dot est réputée consignée ou non consignée. *V. Consignation de Dot.*

III. La durée de l'action comme immobilière est de quarante ans, parcequ'en cette province la prescription de trente ans n'est admise que pour les actions personnelles et mobilières.

Quelques auteurs, du nombre desquels est celui du *Dictionnaire du droit normand*, ont été induits en erreur par un arrêt du 13 août 1683, rapporté par Basnage sous l'art. 511 de la coutume; ils n'ont pas fait attention que, si la Dot promise par le père à sa fille est réputée immobilière, c'est parcequ'elle lui tient lieu de légitime et de part héréditaire dans sa succession, et que, dans l'espèce de l'arrêt, il ne s'agissait que du paiement de la Dot d'une fille naturelle, qui ne pouvait demander que des alimens, et dont l'action était purement personnelle et mobilière, et comme telle, sujette à la prescription de trente ans; la Dot de la fille légitime lui tient lieu de sa part héréditaire ou de sa légitime, dont la demande entre cohéritiers est imprescriptible, comme l'est celle à fin de partage: arrêt du 7 juillet 1724, rendu au parlement de Rouen en faveur de la demoiselle de Boudeville, par argument de l'art. 529 de la coutume.

Enfin, cette question n'est plus problématique; elle a été résolue par arrêt du parlement de Rouen du 18 mars 1768, sur la plaidoirie de M. Duval contre les héritiers du père, qui opposaient la prescription de treute ans. (M. Ducarroy de la Croix.)*

[[La ci-devant Normandie n'a plus de législation ni de jurisprudence particulière sur la Dot: elle est en cette matière gouvernée, comme tout le reste de la France, par les dispositions du Code Napoléon.]]

§. XIX. *Dans la coutume de Normandie, la Dot peut-elle être optée avant le douaire; et, l'option une fois faite, peut-elle être rétractée?*

Cette question demande des détails, qui seront mieux placés sous le mot *Douaire*, sect. 2, §. 8.

[[DOTATION. C'est l'acte par lequel, en fondant une église, un hospice, on tout autre établissement public, on lui donne des biens pour remplir l'objet de sa destination.

Les biens qu'une église possédait avant la loi du 2 novembre 1789 étaient-ils, dans le donte, censés provenir de son ancienne Dotation? *V.* le plaidoyer du 25 thermidor an 13, rapporté à l'article *Franche-Aumône.*]]

DOUAI. Ville de Flandre, conquise sur les Espagnols en 1667. Elle est le siège d'un parlement dont il est à propos de dire ici quelque chose.

Louis XIV, pour satisfaire à l'obligation qu'il s'était imposée par l'art. 49 de la capitulation de Lille, établit à Tournai, par édit du mois d'avril 1668, un *conseil souverain* qu'il érigea ensuite en *parlement*, par lettres-patentes du mois de février 1686.

Tournai ayant été reconquis par les alliés, le parlement fut transféré à Cambrai par édit du 20 août 1709, et de là à Douai par édit du mois de décembre 1713.

Le parlement de Douai est aujourd'hui composé d'un premier président, de cinq présidens à mortier,

Digitized by Google

de trois chevaliers d'honneur, de vingt-deux conseillers laïcs, de deux conseillers clercs, d'un avocat général, d'un procureur général, de deux substituts, d'un greffier en chef et de trois greffiers au plumitif.

Les présidens, chevaliers d'honneur et conseillers sont distribués en trois chambres, dont la composition change tous les ans, suivant le mode déterminé par deux édits, l'un du mois de mai 1689, l'autre du mois de décembre 1701.

Dans presque tous les tribunaux des Pays-Bas autrichiens, les procureurs du roi prennent séance avec les conseillers, assistent au rapport, et font généralement toutes les fonctions de juges, outre celle du ministère public. Le procureur général du conseil souverain de Tournai prétendit jouir du même droit; mais, par arrêt du conseil d'état du 22 novembre 1669, il lui fut ordonné de se conformer à l'usage observé dans toutes les compagnies souveraines du royaume, et notamment dans le conseil provincial d'Artois, et en conséquence, de se borner aux fonctions de procureur général.

Un autre arrêt du conseil, du 6 mai 1681, règle ses fonctions et fixe les cas où les conclusions de ce magistrat sont nécessaires. Ces cas sont plus fréquens pour lui que pour l'avocat général, qui ne conclut jamais que dans les causes portées à l'audience, et ces sortes de causes sont assez rares en comparaison des autres. Car, au parlement de Flandre, on ne plaide que les requêtes civiles, les appels d'instruction en matière criminelle, les affaires de commerce, les appels des jugemens rendus par les commissaires aux audiences, et ceux des ordonnances des rapporteurs.

Cela vient de ce que l'ordonnance de 1667 n'est point observée dans ce parlement. C'est un des points réglés par les capitulations, et par une convention faite le 26 janvier 1694, entre le roi et cette cour, pour l'acquisition des charges nouvellement érigées en offices. Il faut en excepter le tit. 35, concernant les requêtes civiles, qui y a été publié sous le nom d'édit du mois de mars 1674, et le tit. 16 concernant la procédure consulaire, qui y a été enregistré avec l'ordonnance de 1673. Le parlement suit, pour l'instruction des procès, un arrêt de règlement qu'il fit en 1671; il est tiré du style du grand-conseil de Malines, des coutumes du pays, et principalement des chartres du Hainaut.

L'ordonnance de 1667 fut publiée dans la partie du Hainaut, qui ressortit d'abord au parlement de Metz, et qui en fut ensuite distraite pour être réunie au parlement de Flandre. Mais elle n'y est plus observée, sur-tout depuis qu'une déclaration du 17 novembre 1714 a ordonné que l'instruction des procès civils dans les bailliages, prévôtes et autres sièges de la province, se régleraît à l'avenir sur le style suivi du parlement.

L'ordonnance de 1670 est exactement suivie dans le ressort de cette cour, à laquelle elle fut adressée en 1679.

Au commencement de l'établissement du conseil de Tournai, lorsqu'il survenait un partage dans les opinions, on confirmait la sentence du premier juge. Mais cet usage ne subsista pas long-temps; on y fit succéder celui de ne point donner lieu au partage, lorsqu'il se trouvait une voix de plus d'un côté; et ce dernier usage fut confirmé par l'art. 19 de l'édit du mois de décembre 1701.

Les arrêts du parlement de Flandre ne peuvent, suivant l'art. 1 de l'édit du mois d'avril 1688, être attaqués par la voie de cassation. C'est en conformité de cet édit que, par arrêt du conseil du 10 mars 1690, le sieur de Beaumarets fut déchargé de l'assignation qui lui avait été donnée par le sieur Rouille, avocat à Arras, pour procéder sur la cassation d'un arrêt du parlement de Flandre, du 24 décembre 1689, sauf à ce dernier à se pourvoir en révision.

Ce privilège n'a pas été maintenu fort long-temps dans toute son étendue. Plusieurs arrêts de ce parlement ont été cassés au conseil, notamment les 17 août 1696, 20 novembre 1697, 4 avril et 27 juin 1702, 30 janvier 1703, 17 mai 1706, 19 mars 1714, etc.

Les états de Lille, en donnant au roi 200,000 florins, en 1718, lui firent des remontrances à ce sujet: ils le supplièrent de déclarer que nonobstant l'édit de 1688, et y dérogeant en tant que de besoin, la voie de cassation, contre les arrêts du parlement de Flandre, serait permise en deux cas seulement; savoir, lorsque l'arrêt aurait été rendu contre quelque ordonnance, ou lorsque le parlement aurait un intérêt direct dans la question jugée par l'arrêt, parceque ceux qui l'auraient rendu étant du nombre des réviseurs seraient trop suspects aux parties qui se croiraient mal condamnées; et que, pour tout autre cas, sans en excepter aucun, l'édit de 1688 aurait son plein et entier effet.

La réponse au cahier des états est conçue en ces termes: « Le conseil a une attention particulière à maintenir l'observation de l'édit de 1688, si des contraventions manifestes aux ordonnances du roi, ou des interprétations de ces mêmes ordonnances, qui n'appartiennent qu'à sa majesté, et qu'elle s'est expressement réservées, ou enfin, quelques circonstances particulières qu'il n'est pas possible de prévoir, n'obligent le conseil d'admettre les cassations proposées. Fait et arrêté par sa majesté étant en son conseil, monseigneur le duc d'Orléans, régent, présent, tenu à Paris, le 30 mars 1719. »

Il suit de cette réponse que la cassation n'est pas admise contre un arrêt du parlement de Flandre, sous prétexte d'une contravention aux coutumes même homologuées. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du conseil, du 2 octobre 1717, par lequel le sieur de La Salle a été débouté de sa demande en cassation, pour une prétendue contavention à la coutume de Bergues-saint-Winock, et condamné à 300 livres d'amende envers le roi, et 150 livres envers la partie. Les motifs de cet arrêt, qui a été suivi de plusieurs autres semblables, sont retracés dans les remontrances des états de Lille, dont on vient de

Digitized by Google

parler. Elles portent qu'il y a une grande différence entre les coutumes du ressort du parlement de Flandre, et celles de toutes les autres provinces du royaume; que dans la Flandre il n'est presque point de bourg qui n'ait sa coutume particulière; que l'homologation de ces coutumes a été faite par les souverains sans connaissance de cause, sur les simples cahiers des magistrats de chaque lieu, contenant une compilation des usages qui y étaient observés; que leur nombre, la difficulte de les apprendre, et leur différence d'avec celles de la France, en rendaient la connaissance aussi impossible aux étrangers, qu'elle etait facile et même familière aux juges du pays.

On voit, d'après la réponse faite par le conseil aux remontrances qu'on vient de citer, que la voie de la cassation est reçue contre les arrêts du parlement de Flandre, lorsque des circonstances particulières l'exigent, quoiqu'il ne s'y trouve ni intérêt direct de la part des juges qui les ont rendus, ni contravention aux ordonnances. C'est ainsi qu'un arrêt du conseil, du 31 decembre 1718, a cassé trois arrêts qui avaient décidé contre les privilèges de la Flandre et au mépris des règles prescrites pour l'instruction des causes où le procureur général est partie, que la réserve *beneficiorum promovendorum* avait lieu en cette province. C'est ainsi que par un autre arrêt dont je ne retrouve pas la date, mais dont l'expédition m'a passé par les mains, le sieur Griffin a obtenu la cassation d'un arrêt du conseil supérieur de Douai, qui blessait les droits du roi sur la nomination aux bénéfices de la métropole de Cambrai. C'est ainsi qu'en 1776, la communauté d'Elincour a été admise en cassation contre un arrêt de révision du parlement de Flandre, qui avait infirmé un arrêt du conseil supérieur de Donai, confirmatif de deux sentences uniformes, quoiqu'il ne s'agît que d'une bannalité de moulin; cette uniformité de jugemens, rapprochée de l'arrêt de révision, en a apparemment été le motif. Enfin, c'est ainsi qu'un arrêt du conseil, du mois de décembre de la même année, a cassé, d'après les mémoires respectifs de la troisième et des deux autres chambres, un arrêt de la troisième chambre, qui, sans la participation des deux antres, avait enjoint d'office à M. de Fleury, archevêque de Cambrai, de faire enregistrer ses bulles en la cour, quoiqu'aucun de ses prédécesseurs ne l'eût fait.

[[Le parlement de Douai a été supprimé, comme les autres, par la loi du 7 septembre 1790. Il est aujourd'hui remplacé par une cour d'appel qui siège en la même ville, et qui a pour ressort les départemens du Nord et du Pas-de-Calais. *V. Parlement, Comparution, Compellations, Conseillers Commissaires aux audiences*, et *Révision de procès au parlement de Flandre.*]]

* DOUAIRE. C'est la jouissance que la coutume ou les conventions matrimoniales accordent d'une certaine portion des immeubles du mari, à la femme qui lui survit.

C'est aussi cette même portion en propriété, que quelques coutumes réservent aux enfans après la mort de leur père et de leur mère, lorsqu'ils ne se portent pas héritiers de leur père.

Ainsi il y a deux sortes de Douaire, celui de la femme et celui des enfans; l'un n'est qu'en usufruit et l'autre est en pleine propriété. Mais au fond, ces deux espèces de Douaire n'en font qu'un; c'est le Douaire de la mère en usufruit, qui est en propriété pour les enfans.

L'origine du Donaire vient de ce qu'anciennement les femmes qui se mariaient dans cette partie du royaume qu'on appelle la *France coutumière*, n'avaient point de Dot de leurs parens. Comme aussitôt qu'elles étaient sorties de la maisou paternelle, elles n'avaient plus rien à y pretendre, et qu'il était juste qu'en cas de viduité elles eussent de quoi subsister, il devint naturellement d'usage que le mari leur laissât quelque chose après sa mort. Ce qu'il laissait, faisait leur dot ou leur Douaire; car femme *douée* ou femme *dotée* présentait la même idée. Mais comme il n'était pas naturel, quand il y avait des enfans, que ce que le mari accordait à sa femme fût perdu pour eux, par une extension de l'ancien usage, il fut réglé que la propriété de la dot ou du Donaire de la mère leur demeurerait réservée après sa mort; et c'est de ces dispositions (dont on trouve des traces dans la *loi Gombette* et dans la *loi Salique*), qu'est venu le Douaire des enfans.

La quotité du Douaire n'était pas déterminée: quelques maris donnaient plus, d'autres donnaient moins; elle dépendait entièrement de la convention. Philippe-Angaste fut le premier qui règla cette quotité, en fixant, par un edit de 1214, le Douaire coutumier de la femme à la jouissance de la moitié des bieus qu'avait le mari au jour de son mariage.

Henri II, roi d'Angleterre, qui possédait une grande partie de la France, établit une autre règle quant à la quotité du Douaire dans les pays de sa domination; il fixa au tiers le Donaire coutumier que Philippe avait réglé à la moitié; d'où il résulta cette différence que l'on remarque aujourd'hui dans la quotité du Douaire entre les provinces qui sont en-deçà de la Loire et celles qui sont au-delà.

Quoique les anciennes mœurs suivant lesquelles les filles se mariaient sans dot aient changé, et qu'il soit aujourd'hui d'usage de les doter en les établissant, le Douaire n'a pas laissé de se conserver aux femmes mêmes qui ont d'ailleurs de quoi subsister; on voit que cet avantage pour elles a passé en force de loi dans les coutumes lorsqu'elles ont été rédigées; et qu'il leur est acquis de plein droit dans les lieux où il est établi, sans qu'il y ait eu aucune convention à cet égard lors du mariage. — Mais dans les pays régis par le droit écrit, le Douaire tel que nous l'entendons ici, n'est pas en usage; la veuve y a, après la mort de son mari, un droit qu'on appelle *augment de dot. V. Augment.*

[[An surplus, le Douaire coutumier des enfans a été aboli par l'art. 61 de la loi du 17 nivose an 2. C'est ce que déclarent l'art. 49 du décret du 22 ven-

Digitized by Google

tose de la même année, et l'art. 24 de celui du 9 fructidor suivant. *V. Tiers-coutumier.*

Cette loi a-t-elle également aboli le Douaire coutumier des femmes mariées depuis sa publication? Cette question sera traitée sous les mots *gains nuptiaux*, §. 4.

Mais ce dont personne ne doute, c'est que les femmes mariées depuis la promulgation de l'art. 1390 du Code Napoleon n'ont plus de Douaire.

Quant au Douaire conventionnel ou préfix, il peut encore être stipulé; mais il n'a plus d'autre effet que celui d'une donation que le mari fait à sa femme par le contrat de mariage, et qui est subordonné au cas de la survie de celle-ci à celui-là. *V.* le Code Napoléon, art. 1094.]]

Les veuves de plusieurs maris ont leur Douaire à la suite du dernier mariage comme après le premier; c'est ce qui a fait observer que Cujas s'était trompé, en disant que le Douaire était le prix de la virginité de la femme; il est la récompense des soins et de l'attachement qu'elle est présumée avoir eus pour son mari.

Pour traiter avec une certaine méthode ce que nous avons à dire sur cette matière, nous diviserons cet article en cinq sections.

Dans la première, nous parlerons, 1°. de la nature du Douaire; et nous verrons, 2°. à quelles femmes le Douaire est dû; 3°. si l'on peut y renoncer, et quand on est censé le faire; 4°. quelle est la quotité du Douaire; 5°. quels biens y sont sujets; 6°. ce que c'est que le Douaire subsidiaire; 7°. quelles sont les règles propres au Douaire préfix; 8°. quelle est l'hypothèque du Douaire; 9°. quelles sont les charges inhérentes au Douaire.

Dans la deuxième, il sera question, 1°. de l'ouverture du Douaire; 2°. de l'exercice du Douaire; 3°. de ce qui entre dans cet exercice et de la manière d'exercer le Douaire; 4°. des obligations qui y sont attachées.

Dans la troisième, nous parlerons, 1°. de l'extinction du Douaire; 2°. de la privation du Douaire; 3°. des suites de l'extinction du Douaire.

Dans la quatrième, nous traiterons du Douaire des enfans: et nous verrons, 1°. quelle est la nature de ce Douaire, en quels cas il a lieu; 2°. quelles choses y sont sujettes; 3°. ce qu'est pour eux un Douaire préfix; 4°. quand s'ouvre le Douaire des enfans; 5°. quelles sont les conditions attachées à l'exercice de ce Douaire; 6°. comment il se partage.

[Dans la cinquième, des règles particulières au Douaire dans le ressort du parlement de Flandre et dans l'Artois.]

Section I. — §. I. *De la nature du Douaire.*

Il n'est pas question ici de savoir quelle est l'origine du Douaire; nous l'avons dit dans les notions preliminaire de cet article; il s'agit seulement de déterminer la nature de cet avantage accordé à la veuve. On croirait volontiers que c'est une donation faite par le mari à la femme; mais point du tout: une donation dit d'abord quelque chose de gratuit, et le Douaire est accordé par forme de recompense; la donation est l'effet d'un acte de générosite, et la loi accorde d'elle-même le Douaire, sans que le mari y ait aucune part. Ce Douaire dans l'origine est bien, si l'on veut, quelque chose qui tient de la générosite, parcequ'il dépendait du mari d'accorder plus ou moins, mais il était toujours obligé de douer sa femme; et c'est d'après cette obligation, que de volontaire qu'il était, il est devenu forcé du moins jusqu'à une certaine quotité qui suppose que c'est la quotité à laquelle le mari l'eût fixée, si au lieu de suivre la coutume il eût consulte son cœur.

Si l'on disait que le mari, lors du contrat de mariage, est libre de convenir qu'il n'y aura point de Douaire, il ne faut pas en tirer la conséquence que le Douaire n'était point dû, il faut en conclure seulement que la femme en a fait remise; et si ce Douaire était un Douaire conventionnel qui excédât le coutumier, il ne faudrait pas en induire non plus que la partie excedante fût une donation; il faudrait seulement supposer que le mari a cru que l'avantage devait être de cette quotité relativement aux premiers temps où il avait lieu, et qu'il n'a fait que remplir la loi en l'accordant au taux où elle l'aurait elle-même porté à l'égard de ce mari, si elle avait pu faire pour chacun un tarif particulier: l'estimation générale qu'elle fait n'est que pour suppléer à celle que les conjoints ont omise par leur contrat.

Il résulte de cette observation, que le Douaire conventionnel, dans les cas même où il excède le coutumier, n'est pas sujet à l'insinuation à laquelle les ordonnances ont assujetti les donations.

Il en résulte encore que le Douaire préfix, non plus que le Douaire coutumier, ne donne ouverture à aucun droit d'insinuation, quoique ce Douaire soit quelquefois dans le cas du retranchement de l'édit des secondes noces, à moins qu'il ne soit evident que ce Douaire est une donation déguisée. Il y a, à ce sujet, deux decisions du conseil, l'une du 9 novembre 1723, rendue sur un mémoire des notaires de Troyes; l'autre, du 6 août 1746, qui réforme une ordonnance de l'intendant de Soissons par laquelle le sieur Poitevin de Gluny, avait été condamné à payer soixante livres pour le droit d'insinuation d'une stipulation de Douaire préfix de mille livres, avec clause que, si la femme ne l'acceptait pas, elle aurait l'usufruit d'un immeuble pour lui tenir lieu de Douaire. — Aussi, et par la même raison, la veuve qui jouit d'un immeuble pour son Douaire, soit qu'elle le tienne de la seule disposition de la loi, soit qu'il ait été stipulé par son contrat de mariage qu'elle aurait le Douaire coutumier, ne doit aucun centième denier pour cette jouissance; c'est ce qui est reconnu par plusieurs decisions du conseil: mais s'il avait été stipulé qu'elle n'aurait point de Douaire, ou que son Douaire préfix étant inférieur au Douaire coutumier, elle eût été rappelée à un plus fort Douaire, et même simplement au Douaire coutumier, elle devrait le centième denier

Digitized by Google

de cet excédant, parcequ'elle le tiendrait alors de la seule libéralité de son mari.

Une autre conséquence du principe que le Douaire n'est pas considéré comme une donation, c'est que les enfans auxquels il appartient (dans quelques coutumes), le prennent sans retranchement de légitime; et c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 27 mars 1629, rapporté par Bardet.

Il n'y a d'exception à cet égard que pour le Douaire d'une seconde femme: un Douaire plus fort que celui que la coutume lui décerne, serait regardé comme un avantage en fraude de l'édit des secondes nôces, comme on le verra ci-après, §. 7.

[[On a vu au commencement de cet article, que depuis la publication du Code Napoléon, le Douaire ne peut plus valoir que comme donation proprement dite par contrat de mariage.]]

§. II. *Quelles sont les femmes à qui le Douaire est dû.*

I. Il est dû à toutes celles qui ont contracté mariage de bonne foi, quand même ce mariage aurait été déclaré nul dans la suite.

II. Il est dû aux femmes étrangères mariées à des Français ou à des étrangers; il suffit que les parties soient domiciliées dans une coutume qui l'accorde pour qu'il soit dû, parceque dans les endroits où l'on contracte, on est présumé avoir contracté suivant l'usage du pays: *in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis, in regione in quâ contrahitur.* Renusson prétend que le Douaire n'est dû à la femme étrangère non naturalisée, que lorsqu'elle épouse un Français; mais nous pensons avec Pothier, que, les étrangers étant capables de conventions dans le royaume, il est fort indifférent que la femme soit mariée à un étranger ou à un Français; il suffit qu'elle ait été mariée dans une coutume où la femme a un Douaire, pour que ce Douaire ne puisse lui être disputé.

[III. Faut-il que le mariage ait été contracté, ou que les conjoints aient eu leur domicile dans une coutume qui donne un Douaire, pour que la veuve puisse prétendre ce droit sur les biens soumis à cette coutume?

Par exemple, à Cambrai, à Boulogne, à La Rochelle, à Issoudun, et en plusieurs autres endroits, la coutume ne donne pas de Douaire.

Une femme qui a été mariée, et qui a toujours vécu sous l'empire d'une pareille loi, pourra-t-elle prendre la qualité de douairière dans les coutumes de Paris, d'Anjou, du Maine, en cas que son mari y ait laissé des biens?

Sans doute elle le pourra. On sait que dans le principe, comme à présent, le Douaire avait chez les Francs et les Gaulois plus ou moins d'étendue, suivant les différens génies de ces peuples: mais cette variation ne tombait que sur la quotité. Du reste, le Douaire avait toujours lieu de plein droit suivant la coutume des lieux, et sans qu'il fût besoin de stipulation; car alors il était rare que l'on écrivît les contrats de mariage; chacun s'en remettait à la coutume, qui était connue de tout le monde, quoiqu'elle ne fût point écrite.

Il suit de là que si notre question s'était alors présentée, on n'aurait fait aucune difficulté de donner à la veuve son Douaire coutumier sur les biens de son mari, quoique situés dans d'autres provinces que celle où il était domicilié. Autrement, s'il n'en avait point eu dans le lieu de son domicile, la veuve aurait été privée d'un avantage que l'usage accordait à toutes les femmes de sa condition, et que son mari ne lui aurait sans doute pas osé refuser, s'il avait été question de dresser un acte de leurs conventions matrimoniales.

Lorsque les coutumes ont été rédigées par écrit, loin qu'on ait rien changé à ce principe, il paraît qu'il a été au contraire confirmé, puisque dans toutes les provinces où le Douaire coutumier était en usage, il a été autorisé sur le même pied qu'il se pratiquait auparavant: ainsi, l'on doit, à cet égard, juger aujourd'hui comme on l'aurait fait précédemment.

Mais c'est une question s'il n'en est pas autrement dans la coutume de Bourgogne; et cette question dépend de la manière de ponctuer l'art. 6 du tit. 4 de cette loi municipale.—Cet article est ainsi conçu: » Femme mariée selon la générale coutume du duché de Bourgogne, est douée, après le trépas de son mari, sur la moitié des héritages anciens de soudit mari, etc. » — Ces termes, *selon la générale coutume*, doivent-ils être liés aux mots qui les précèdent, et forment-ils ce sens: « Femme mariée selon les lois et les coutumes du duché de Bourgogne, est douée, etc.? » — Ou bien, se rapportent-ils à la suite du même article, de manière qu'il en résulte le sens suivant: « Femme mariée est douée... suivant la coutume générale du duché? »

On compreud assez de quelle importance il peut être de fixer lequel de ces deux sens doit être suivi. Dans le premier, il faudrait, pour que la femme pût prendre Douaire, qu'elle fût mariée suivant la coutume de Bourgogne, c'est-à-dire, que le domicile matrimonial fût en cette coutume, ou que le contrat de mariage en adoptât la disposition. Dans le second, au contraire, il sera indifferent d'examiner suivant quelle coutume la femme aura été mariée; et la veuve qui aura toujours eu son domicile à Paris, qui aura été mariée suivant les lois de Paris, prendra Douaire en Bourgogne, comme si elle était domiciliée, ou qu'elle eût contracté mariage dans cette province.

Chasseneux a traité cette question sur le §. 2 du titre *des droits appartenans à gens mariés*, aux mots, *selon la générale coutume*. Il demande *quomodò debeat fieri punctuatio in hoc verbo*; et il paraît, par les différentes espèces qu'il discute ensuite, que cet auteur inclinait à ne mettre ni virgule ni parenthèse entre les mots *femme mariée*, et *selon la générale coutume*, puisque toutes ses dissertations se réduisent seulement à dire que des personnes non domiciliées en Bourgogne peuvent adopter les lois de cette province, soit par une conven-

Digitized by Google

tion expresse, soit tacitement en contractant mariage dans le duché.

Tel était aussi le sentiment des commissaires qui travaillèrent en 1569 à une nouvelle rédaction de la coutume : témoin l'art. 194 de leurs cahiers, qui est conçu en ces termes : « Femme mariée sous la coutume de Bourgogne, est douée ». — L'article suivant ajoute que le Douaire ne laisserait pas d'avoir lieu, « encore que la femme fût mariée hors du duché, si elle était menée au domicile du mari résidant en Bourgogne ».

Quoique ces cahiers n'aient jamais été approuvés ni par le roi, ni par les états, ni par le parlement de la province, et que sur le point dont il s'agit, ils ne soient appuyés par aucun arrêt antérieur à leur rédaction, leur autorité n'a pas laissé d'entraîner trois commentateurs de la coutume de Bourgogne, savoir, Chevannes, pag. 114, édit. de 1665; Taisand sur l'art. 6 du tit. 4, n. 3; et Durand, *Institutis coutumiers*, liv. 3, tit. 4.

Mais le président Bégat, dans ses observations latines sur la même coutume, en a jugé tout autrement : il n'a point hésité de dire, sur ces mots, *selon la générale coutume du duché de Bourgogne*, qu'ils étaient entièrement superflus : *hæc verba sunt superflua*, et cela ne doit pas étoncer : ils le sont bien également dans les art. 2, 14 et 15 du même titre; soit qu'on les en retranche, soit qu'on les y laisse, ces articles présentent toujours le même sens.

Quand ce sentiment n'aurait sur l'autre que l'avantage de concilier la coutume de Bourgogne avec le droit commun, il devrait sans doute obtenir la préférence. Aussi a-t-il été confirmé par un arrêt du parlement de Paris, dont voici l'espèce.

La dame Marcel avait été mariée à Paris avec le sieur Marque de Chessy, qui y était domicilié depuis long-temps, et dont les biens étaient situés en Bourgogne. Le contrat de mariage avait été reçu par deux notaires du châtelet, et ne portait aucune stipulation de Douaire. Après la mort du mari, arrivée en Bourgogne, où il était allé pour régler quelques affaires, la dame Marcel a prétendu son Douaire sur les biens régis par la coutume de cette province. Antoine Marque, frère du défunt, s'est opposé à sa demande. Les deux parties ont réduit la question au sens que doivent former ces mots de l'art. 6 du tit. 4 : *Femme mariée, selon la générale coutume.* — Le parlement de Paris n'a pas cru devoir prononcer sur cette question, sans s'être assuré auparavant de la manière dont on la jugeait en Bourgogne. Par un premier arrêt du 25 janvier 1724, il a ordonné « que les parties se retireraient par-devers les gens du roi du parlement de Bourgogne, pour avoir un acte de notoriété dudit parlement, par lequel ils marqueraient si une femme mariée dans la coutume de Paris à un homme originaire de Bourgogne, et qui y a la plus grande partie de ses biens, mais qui était domiciliée à Paris lors du mariage, et dont le contrat de mariage est passé par-devant deux notaires à Paris, dans lequel il n'y a aucun Douaire stipulé, et qui est décédé en Bourgogne, où il était allé avec sa femme, doit avoir un Douaire coutumier sur les biens de son mari situés en Bourgogne, ainsi qu'elle l'a sur les biens situés dans la coutume de Paris; pour ledit acte de notoriété rapporté à la cour, etc. » — Le 2 mai suivant, MM. les gens du roi du parlement de Dijon donnèrent un acte portant qu'après une exacte recherche sur les registres de la cour, ils n'avaient trouvé aucun arrêt sur la question au sujet de laquelle MM. du parlement de Paris leur faisaient l'honneur de les consulter. — Les anciens avocats à qui l'on proposa la même question, furent partagés. Quatorze étaient d'avis que la veuve pouvait prendre un Douaire sur les biens de Bourgogne; douze pensaient qu'elle ne le pouvait pas. — Dans cette incertitude, on pria M. le président Bouhier de discuter la question; il le fit avec cette profondeur et cette justesse de raisonnement qui règnent dans tous ses ouvrages; il appuya l'interprétation adoptée près de deux siècles auparavant par M. Bégat; et, sa dissertation ayant été communiquée à M. Henin, rapporteur, il est intervenu le 6 septembre 1729, arrêt définitif par lequel le parlement de Paris a adjugé à la veuve de Chessy la jouissance de la moitié des biens sujets au Douaire que son mari avait laissés en Bourgogne.

IV. Autre question : Y a-t-il, par rapport aux qualités requises dans une femme pour qu'elle puisse avoir un Douaire, quelque différence entre celle qui est noble et la roturière?

Le droit commun n'en admet aucune. Mais dans les coutumes d'Anjou et du Maine, art. 300 et 314, la *femme noble et héritière principale de terres, ou de ses père et mère, ou de l'un d'eux, ou d'autres ses lignagers, au temps de ses nôces, n'est fondée d'avoir ou prendre aucun Douaire sur la terre de son mari noble, s'il ne lui a été promis ou commentionné par exprès.*]

[[Mais cette disposition est devenue sans objet par l'abolition de la noblesse; et elle ne pourrait plus être opposée à une femme ci-devant noble, qui se serait mariée depuis la publication de la loi du 19 juin 1790, par laquelle a été prononcée cette abolition.]]

V. Le Douaire est acquis à la femme en vertu du contrat de mariage ou des dispositions de la coutume qui en tiennent lieu. Le contrat suppose que la célébration s'ensuivra; et la célébration, dans quelques coutumes, suppose aussi que le mariage sera consommé, ou du moins que les parties se seront comportées de façon à faire présumer qu'il l'a été. De là, l'art. 352 de la coutume de Normandie : *la femme gagne son Douaire au coucher.* Celles de Valois, de Chartres et de Pontlieu contiennent une pareille disposition. Mais il n'est pas nécessaire précisément qu'on ait vu les deux conjoints dans le même lit; il suffit que, depuis la célébration du mariage, ils aient été dans le cas de se trouver quelques momens seuls dans un endroit retiré pour qu'on doive présumer que la femme a gagné son Douaire. — L'art. 450 de la coutume de Bretagne s'explique ainsi : *Femme gagne*

Digitized by Google

son Douaire ayant mis le pied au lit après être épousée avec son seigneur et mari, encore qu'il n'ait jamais eu affaire avec elle.

Cette obligation de la femme de se prêter au devoir conjugal, est telle dans les coutumes dont nous parlons, que si, immédiatement après la bénédiction nuptiale, le mari venait à mourir subitement, sans que la présomption dont il s'agit pût s'établir, la femme n'aurait aucun Douaire à prétendre.

Mais que penserait-on si le mari avait connu par anticipation sa femme (comme il faudrait le croire si cette femme était enceinte, ou que le mari en eût eu déjà un enfant)? Aurait-elle gagné son Douaire? Il faut répondre que oui, parceque la célébration du mariage a toujours un effet rétroactif au moment où il a été consommé, quoique la consommation en ait été illicite dans le temps où elle s'est faite.

On peut déroger aux coutumes qui exigent le *coucher* pour gagner le Douaire, et stipuler qu'il aura lieu du moment de la bénédiction nuptiale, comme il a lieu de cette manière dans tout le reste des pays coutumiers. Mais si, par une clause particulière, on avait dit an contrat que pour le Douaire on se règlerait, par exemple, sur la coutume de Normandie, il est certain qu'en ce cas la célébration du mariage devrait être suivie du *coucher*, pour que la femme gagnât son Douaire, parceque c'est une condition exigée par cette coutume.

VI. Observez que les dispositions des coutumes pour le Douaire étant des statuts réels, comme nous le verrons plus particulièrement, c'est par celles qui régissent les biens sujets au Douaire qu'on doit décider s'il se gagne par la seule bénédiction nuptiale, ou s'il faut que la femme puisse être présumée avoir couché avec son mari; de sorte que deux Parisiens s'étant mariés à Paris, si le mari est mort subitement au sortir de l'église, la veuve aura son Douaire sur les biens régis par la coutume de Paris, et elle ne l'aura point sur ceux qui se trouveront dépendre de la Bretagne ou de la Normandie, parceque, dans ces provinces, la seule bénédiction nuptiale ne suffit pas.

[Mais cette décision doit être restreinte au Douaire coutumier; Car, dit Boullenois (sur Rodemburg, tome 2, page 246), « si le Douaire est conventionnel, il faut raisonner sur d'autres principes; le Douaire conventionnel ne doit son être et son existence qu'à la convention, et cette convention le rend effectivement personnel. Or, en fait de convention personnelle, la règle entre conjoints est que c'est la loi du domicile matrimonial qu'il faut consulter. Ainsi, dans notre espèce, si le Douaire est conventionnel, il sera ou ne sera acquis à la veuve que de la manière qu'il lui sera dévolu par la loi du domicile matrimonial : si c'est Chartres, ce sera par le concher; si c'est Paris, ce sera du moment de la célébration, encore même que par l'événement le Douaire préfix se prît sur des biens situés en contumes qui auraient des dispositions contraires à la loi du domicile; parceque, toutes contraires qu'elles soient, je les regarde comme simplement négatives, et non pas comme prohibitives : elles ne déférent, à la vérité, le Douaire qu'au coucher; mais elles sont trop pures d'ailleurs pour que l'on puisse jamais croire qu'elles excluent une convention qui le donne du jour de la célébration. Il n'y a pas d'incompatibilité qu'une femme puisse être vierge et douairière ».

VII. Une condition essentielle pour qu'une femme puisse jouir du Douaire, est qu'elle soit en âge de puberté; sans cela, en effet, il n'y a pas de mariage proprement dit, il n'en existe qu'une ombre. Aussi un arrêt du parlement de Paris, du 13 décembre 1681, a refusé ce droit à une veuve qui avait été mariée, et avait perdu son mari avant l'âge de douze ans. (Brillon, au mot *Douaire*, n° 1.)

On aurait dû juger différemment, suivant les observations de M. Le Camus sur l'art. 247 de la coutume de Paris, si la femme était devenue pubère avant la mort du mari.]

[[Aujourd'hui, s'il s'agissait d'un Douaire conventionnel, le seul qui puisse avoir lieu depuis la publication du Code Napoléon, la mort du mari arrivée depuis que la femme mariée aurait atteint l'âge de quinze ans, ne validerait le mariage et par conséquent ne donnerait ouverture au Douaire, que dans les deux cas déterminés par l'art. 185 de ce Code.]]

[VIII. Faut-il qu'une femme ait été en communauté avec son mari, et se tienne, après sa mort, au titre de commune, pour pouvoir prétendre au Douaire?

La négative est incontestable de droit commun. On pense même, dans les coutumes d'Anjou et du Maine, où les propres et les acquêts sont également sujets au Douaire, que, quoique la femme commune ne puisse y prétendre de Douaire sur les conquêts, il en est autrement de la femme qui'a été séparée de biens par son contrat de mariage, « parceqn'une veuve doit profiter des biens de son mari, ou comme commune, on comme douairière; et que n'ayant aucune part dans les acquêts de son mari, elle doit du moins y prendre son Douaire ». — Ce sont les termes d'Olivier de Saint-Vaast sur l'art. 313 de la coutume du Maine. « En vain on objecterait (continue cet auteur) qu'il a été juge qu'une veuve qui a renoncé à la communauté, ne peut prétendre Douaire sur cette communauté : la raison de cette différence est qu'elle y avait un droit habituel sur la moitié, et que si elle y a renoncé, c'est que les acquêts sont épuisés par les dettes qui diminuent le Douaire, et qu'il ne reste plus rien, les dettes acquittées.....; la même chose ne se rencontre pas pour la femme séparée par son contrat de mariage ».

Mais il n'est pas vrai par-tout que la qualité de douairière soit indépendante de celle de commune. La coutume de Bourgogne, tit. 14, art. 19 et 20, décide expressément qu'il n'est point dû de Douaire à la veuve noble ou roturière qui renonce à la communauté de son mari. Ainsi, dans cette coutume, il faut que la veuve paye la moitié des dettes contractées pendant le mariage, si elle veut profiter du

Digitized by Google

Douaire : disposition bizarre sans doute, puisqu'elle fait dépendre de la bonne ou mauvaise administration du mari, un bénéfice que toutes nos coutumes accordent à la veuve, comme un titre de créance, du jour même de la célébration du mariage.

Mais, soit que cette disposition ait eu pour objet d'exciter la vigilance et la bonne conduite de la femme, soit qu'elle tende à soulager les héritiers d'un mari qui, dans le cas où sa veuve renonce à la communauté, n'est pas présumé laisser ses affaires en fort bon ordre, soit enfin qu'elle ait été faite pour favoriser les créanciers, il suffit qu'elle soit écrite pour que l'on soit obligé de la suivre.

Mais peut-on y déroger par le contrat de mariage? — Ce qui pourrait nous faire pencher pour la négative, c'est l'art. 8 du même titre, qui veut que le Douaire préfix ou conventionnel soit toujours ramené et réduit au Douaire coutumier. On sent en effet que si la femme pouvait, en renonçant à la communauté, prétendre sur les biens de Bourgogne un Douaire quelconque, soit préfix ou conventionnel, il arriverait de là qu'elle aurait à ce titre plus que la coutume ne lui accorde et ne permet de lui accorder.

Cependant l'opinion contraire est reçue en Bourgogne. — Elle est d'abord adoptée par Chassenœuz sur l'art. 2 du tit. 4, aux mots, *selon la générale coutume*. A la vérité, il dit que la coutume de Bourgogne est *prohibitive* en cette partie; mais la suite de sa dissertation prouve qu'il emploie ce terme pour celui de *négative*, qui n'a pas, à beaucoup près, un sens aussi étendu, puisqu'il finit par conclure que si un habitant du duché épouse une femme de Nevers, et convient par son contrat de mariage qu'elle aura Douaire *in bonis existentibus in ducatu*, quand même elle renoncerait à la communauté, la convention aura tout son effet. — Tel est aussi le sentiment de Dumoulin sur cet endroit du Commentaire de Chasseneuz. — C'est encore celui de Bouvot, en ses Questions notables, tome 2, article *Douaire*, quest. 1; et dans son Commentaire sur la coutume de Bourgogne, chap. 4, §. 20, aux mots, *et avec ce*. — Nous trouvons la même doctrine dans les Observations de Raviot sur Perrier, tome 1, quest. 126, n. 9 : « On peut (dit-il) stipuler qu'une femme, en renonçant..., jouira de son Douaire, que la coutume ne donne qu'à la femme commune : ces conventions sont en usage et autorisées ». — Boullenois sur Rodemburg, tome 2, page 236, dit que M. le président Bonhier lui a écrit la même chose. — Enfin, telle a toujours été la jurisprudence du parlement de Dijon. Le Coutumier général de Richebourg contient, sur l'art. 19 du tit. 4 de la coutume de Bourgogne, une note qui nous apprend que la question a été ainsi jugée par deux arrêts de cette cour, l'un du 14 août 1596, l'autre du 4 décembre 1597.

IX. Mais de là naît une autre question : c'est de savoir si, lorsque le mariage est contracté dans une coutume qui accorde le Douaire, même en renonçant à la communauté, la soumission présumée à cette coutume emporte une convention du moins tacite, qui doive opérer dans la coutume de Bourgogne, au cas de renonciation?

Il y a trois arrêts sur cette question; et quoique M. Boubier regarde le plus ancien et le plus moderne comme contraires à l'autre, il ne paraît pas difficile de les concilier.

Le premier est rapporté en ces termes par le magistrat cité, chap. 25, n. 48 : « Louise Barbier avait été mariée en 1594, dans la coutume de Chaumont, avec Jean Rose, qui lui avait constitué un Douaire préfix de la somme de 30 liv., à le prendre sur des biens qu'il avait au lieu de Coranchy, situé au duché de Bourgogne. Le mari étant mort, sa veuve renonça à la communauté, et demanda son Douaire suivant son contrat de mariage. On lui répondit que les biens de son mari étaient situés en Bourgogne, où, par la coutume, la femme renonçante est privée de son Douaire. Elle répliqua qu'elle était mariée suivant la coutume de Chaumont, et non suivant celle de Bourgogne, et que la première servait de règle à ses droits. Par sentence du bailliage de Châtillon, elle avait été déboutée de son Douaire. Mais par l'arrêt qui fut rendu sur l'appel à l'audience du 3 octobre 1614, le parlement ayant été continué par ordre du roi, la cour, en réformant la sentence, ordonna que la veuve jouirait de son Douaire sur les biens situés en Bourgogne ».

L'arrêt plus récent qui a jugé de même est du 22 août 1731. M. Bouhier en rapporte ainsi l'espèce, chap. 26, n. 88 : « François Willot, Bourguignon, se trouvant à Longwi en Lorraine, et ayant pris la pensée de s'y établir, y épousa Gabrielle Charbonnier. Par le contrat de mariage passé suivant la coutume de Saint-Mihiel, où Longwi est situé, Villot constitua à sa future femme un Douaire préfix et sans retour de 2,000 liv. En 1711, elle fut déclarée femme séparée des biens de son mari, par un arrêt du parlement de Metz. Villot se retira ensuite en Bourgogne; et, après sa mort, sa veuve fit instance à ses héritiers, pour être payée de son Douaire. Ils prétendirent qu'elle en était déchue par sa renonciation à la communauté conjugale, suivant la coutume de Bourgogne. Elle répondit que son Douaire devait être réglé suivant celle de Saint-Mihiel, qui le lui accordait nonobstant la renonciation. En effet cela fut jugé ainsi par une sentence du bailliage de Châlons, qui fut confirmée par arrêt de la cour, donné en tournelle, au rapport de M. Guye de l'Abergement ».

L'autre arrêt est du 15 mai 1634. Nous voyons dans le Commentaire de Chevanne, tit. 4, art. 20, qu'il a été rendu contre une femme mariée en Nivernais; et qui, après avoir renoncé à la communauté, réclamait en Bourgogne un Douaire stipulé coutumier, dont elle fut déboutée.

Cet arrêt, suivant M. Bouhier, est contraire aux deux autres, et ceux-ci seuls sont conformes aux principes.

Mais, osons le dire, ni les arrêts de 1614 et 1731, ni les principes, ne sont opposés à l'arrêt de 1634.

Digitized by Google

Les arrêts de 1614 et de 1731 ont été rendus dans le cas d'un Douaire préfix : cas où il y a une convention de Douaire qui est indépendante des coutumes de la situation des biens, à moins qu'elles ne soient prohibitives, ainsi qu'on l'a établi ci-dessus. — L'arrêt de 1634, au contraire, est dans le cas d'un Douaire stipulé coutumier ; et certainement, lorsque des conjoints stipulent un pareil Douaire, leur intention est de se référer entièrement aux coutumes des différens lieux où les biens sont situés. *V.* ci-devant, n. 4.

X. Il reste à examiner si le Douaire que la comtesse de Bourgogne refuse à la veuve qui renonce à la communauté, doit être refusé à une veuve non commune par son contrat de mariage.

Cette question est à peu près la même que celle qu'on a proposée ci-devant pour le Douaire à prendre sur les conquêts dans les coutumes du Maine et d'Anjou. Nous avons dit, d'après Olivier de Saint-Vaast, que l'on doit mettre à cet égard une différence entre la veuve qui a renoncé et celle qui est séparée de biens par son contrat de mariage. Boullenois va nous faire voir que cette différence doit aussi être admise en Bourgogne.— « M. le président Espiard (dit cet auteur sur Rodemburg, tome 2, page 233), m'a fait l'honneur de me marquer qu'il trouvait une différence essentielle entre la stipulation de non-communauté portée par un contrat de mariage, et la renonciation à la communauté, faite par la femme après la mort de son mari. Dans le premier cas, la stipulation de non communauté se faisant de l'agrément des parties, et sans que l'honneur du mari en souffre atteinte, on ne trouve aucune raison de priver la femme du Douaire coutumier sur les biens sis en Bourgogne; d'où on conclut qu'elle doit jouir de son Douaire coutumier, nonobstant une pareille stipulation; mais qu'il n'en est pas de même de la renonciation à la communauté faite par la femme après la mort de son mari; car cette renonciation est regardée en Bourgogne, comme très odieuse et tendante à flétrir la mémoire du défunt; c'est pourquoi on obligeait la veuve à se *desceindre* dans les vingt-quatre heures, et à jeter les clefs sur la fosse de son mari ».

XI. Ce serait ici le lieu d'examiner si une femme qui est donataire de son mari, peut en même temps prendre un Douaire sur les biens qu'il a laissés dans sa succession, et si le défaut de paiement de la dot n'est pas une fin de non-recevoir contre l'exercice de ce droit. — Mais ces deux questions seront traitées dans la sect. 3, §. 2.

§. III. *Une femme qui se marie peut-elle renoncer au Douaire; et dans quel cas est-elle censée le faire ?* (1)

Avant d'examiner si une femme qui se marie peut renoncer au Douaire, il est à propos de voir quels sont les cas où il peut y avoir lieu à cette question, c'est-à-dire, de quels termes on doit se servir dans un contrat de mariage pour établir une renonciation au droit dont il s'agit.

Nous avons là-dessus deux arrêts bien précis. Le premier est rapporté au Journal des audiences, sous la date du 2 mars 1648. Dans l'espèce sur laquelle il a prononcé, le contrat de mariage était ainsi conçu : « N'auront les futurs époux aucune communauté de biens, mais joniront chacun à part et à divis des biens à chacun d'eux appartenans, sans que ladite future épouse prétende aucune chose des biens que ledit futur époux a et possède, tant meubles qu'immeubles, ni même à ceux qui pourront être acquis pendant leur mariage, sinon ce qui sera ci-après déclaré..... en considération duquel mariage, et de ce que la future épouse n'aura aucune communauté de biens avec le futur époux, il veut et entend qu'après son décès, elle prenne sur les plus clairs de ses biens, la somme de 400 liv. pour chacune des années qu'aura duré le mariage, et 3,000 livres tournois pour la dernière année qui dissondra ledit mariage par le décès du futur époux, et en outre remportera ses habits et linges, son lit garni, etc. ». — Ce contrat de mariage ne disait pas un mot du Douaire; et de là est née la question de savoir si, n'en parlant pas, il était censé l'exclure. Le châtelet de Paris a décidé pour la négative. Sur l'appel, M. l'avocat général Talon a dit, comme le porte l'arrêt même, « Que la cause a été rendue douteuse par la plaidoirie des avocats, qui l'ont voulu rendre susceptible de difficulté, quoiqu'il n'y en ait aucune, étant certain que, par la lecture du contrat de mariage, et l'examen de chaque clause et mots en particulier, il n'y a apparence quelconque d'en induire une exclusion dudit Douaire, mais seulement de la communauté; pour récompense de laquelle il a été convenu que l'intimée aurait 400 livres par chacune année de mariage, et 3,000 livres pour la dernière; mais qu'on puisse l'étendre au Douaire, qui est le prix de la pudicité et le droit de baiser, qui ne se perd que par les mauvais déportemens on l'impudicité, certainement il y aurait de l'injustice; en sorte que l'on peut conclure cette clause par ce dilemme : *aut cogitatum, aut non cogitatum.* Si le premier, c'était aux appelans qui ont donné la loi à cette femme, lui ayant présenté les articles tels qu'ils les ont voulus, à s'expliquer plus clairement; et s'ils l'ont fait dans un dessein de fraude, il n'y aurait pas de raison qu'elle leur fût avantageuse ; si, au contraire, on n'y a point pensé, il est indubitable que la coutume que l'on peut appeler le contrat de mariage public, doit servir de règle ». — Sur ces raisons est intervenu l'arrêt cité, qui a mis, sur l'appel, les parties hors de cour, sans dépens, et néanmoins a condamné les appelans à l'amende.

Le second arrêt est du 18 décembre 1683. — Le 8 septembre 1664, Antoine-Matthieu de La Planche épouse Antoinette de Bohan. Par leur contrat de mariage passé à Paris, ils stipulent entre autres

(1) En traitant cette question, nous serons obligés, pour ne pas tomber ci-après dans des redites inutiles, de parler à la fois du Douaire de la femme et de celui des enfans.

Digitized by Google

choses, 1°. qu'il n'y aura point de communauté entr'eux; 2°. qu'Antoinette de Bohan jouira de ses biens, qu'elle pourra les aliéner, et qu'à cet effet son mari l'autorisera; 3°. qu'il sera fait un état de toute la fortune d'Antoinette de Bohan, lorsque les futurs époux seront en la ville de Laon, où ils se proposent d'aller demeurer; 4°. Antoine-Matthieu de La Planche fait, par le même contrat, donation entre-vifs à sa future épouse, de tous ses biens, dont il se dessaisit sous la réserve de l'usufruit, et déclare que ses immeubles consistent en une maison située rue de Seine, et au tiers d'une autre, située au faubourg St.-Victor, où il demeure. Il est ajouté que, sans toutes ces conditions, le contrat n'aurait point été passé; et non seulement il n'y est stipulé aucun Douaire, mais il n'est pas même dit à quelle coutume les parties entendent se soumettre. — Pendant le cours de ce mariage, le sieur de La Planche et sa femme ont vendu la maison située rue de Seine. Un an après est né un enfant. — Le 24 octobre 1670, Antoinette de Bohan est décédée; son mari l'a suivie de très près. — En ce moment, les tuteurs de l'enfant se sont pourvus contre les acquéreurs de la maison vendue pendant le mariage, et ont prétendu leur en faire abandonner la moitié à titre de Douaire coutumier. — Les acquéreurs se sont défendus; et le 5 mai 1674, une sentence du châtelet, rendue sur productions, les a condamnés à se désister de cette moitié, *comme étant sujette au Douaire coutumier*, et à en restituer les loyers, à compter du jour du décès du mari. — Appel au parlement. — « On convient (disaient les acquéreurs) que lorsqu'un mari et une femme n'ont point fait de contrat en se mariant, la coutume, toute sage et prévoyante, leur sert de contrat pour établir entre eux, non seulement le droit de communauté, mais encore pour assurer à la femme un Douaire sur les biens de son mari, ce qui a lieu, parcequ'en ce cas on présume que les parties ont eu intention de se soumettre à la coutume, et qu'elles n'ont point voulu d'autre loi pour leur mariage que celle qu'elle a prescrite pour tous ceux qui sont assujettis à son empire. — On convient encore que lors même qu'il y a contrat, et qu'on n'y a point stipulé de Douaire, ordinairement on supplée à la disposition de la coutume au défaut de la convention des parties. Mais il faut pour cela qu'on puisse présumer que l'intention des contractans ait été de se soumettre à la coutume pour tout ce qui vient de sa seule disposition : que si, au contraire, il paraît évidemment, par les clauses et conditions du contrat, que les conjoints n'ont point expressément stipulé de Douaire, parcequ'ils l'ont voulu rejeter, en ce cas, la disposition de la coutume, qui n'est que pour ceux qui veulent bien la recevoir, ou qui du moins n'ont pas d'intention contraire à ce qu'elle ordonne, devient inutile et sans effet. — Or, dans le contrat de mariage dont il s'agit, il y a trois clauses qui renferment une exclusion tacite du Douaire coutumier. — La première est, que le sieur de La Planche donne entre-vifs à son épouse la propriété de la maison dont il s'agit. — La seconde, qu'ensuite par une clause générale, il lui donne tous ses propres. — La troisième, qu'il est dit que, sans cette donation, le mariage n'aurait pas été exécuté. Ces trois clauses emportent nécessairement l'exclusion du Douaire, et telle a été l'intention du mari et de la femme. — A l'égard du mari, il n'ignorait pas que le Douaire se prend toujours sur les propres, et qu'ils y sont spécialement affectés; ainsi, il ne pouvait mieux marquer qu'il n'entendait point donner de Douaire qu'en n'en stipulant point, et en disposant en même temps de tous ses propres. — Quant à la femme, l'acceptation qu'elle a faite de cette donation, et la clause que le mariage n'aurait point été fait autrement, montre avec évidence, qu'au lieu de la moitié des propres par usufruit, à quoi se serait borné le Douaire coutumier, elle voulait avoir la pleine et entière propriété du total; ainsi, comment peut-on, en vertu de la seule disposition de la coutume, faire entrer un Douaire contumicr dans un contrat où les principales clauses qui le composent, et sans lesquelles il n'aurait point été fait, l'excluent et le rejettent si formellement?..... — Ce serait juger contre l'esprit de la coutume, si, pour faire place au Douaire coutumier, l'on portait atteinte à la donation. En effet, lorsque la coutume assigne le Douaire coutumier sur les propres du mari, elle suppose que ces propres n'appartiennent point à la femme à un autre titre; car le Douaire que donne la coutume n'a lieu que sur les biens où la femme ne peut rien prétendre qu'à titre de Douaire; mais quand ces mêmes biens se trouvent lui appartenir par un titre plus avantageux, comme est une donation entre-vifs faite par contrat de mariage, alors le Douaire, qui n'est qu'un simple usufruit et comme une pension viagère, ne peut avoir lieu. — Enfin, aux termes de la coutume, le Douaire n'affecte que les héritages dont le mari était possesseur au jour des épousailles : or, ce jour-là, le sieur de La Plauche ne possédait plus ses propres; il les avait donnés par une donation entre-vifs dûment insinuée. La maison dont il s'agit, n'a donc pas pu, même en partant du texte de la coutume, être declarée sujette au Douaire ». — On objectait que la donation avait été révoquée par la survenance d'enfant; mais les acquéreurs observaient que la loi *si unquàm* n'a point lieu dans les donations faites entre mari et femme par contrat de mariage, et ils citaient, pour le prouver, l'arrêt rapporté au Journal du palais sous la date du 12 mars 1680. — Tels étaient en substance les moyens des acquéreurs.

Les tuteurs de l'enfant répondaient : « Il est constant qu'il n'y a rien dans le contrat de mariage, de l'exécution duquel il s'agit, qui marque qu'on y ait expressément renoncé au Douaire. Bien loin de cela, on peut induire de la préface de ce contrat, que les parties contractantes ont pensé au Douaire, puisqu'il est dit dans cette préface que *les parties ont fait les don, Douaire et conventions qui ensuivent.* Or, n'y ayant point de renonciation expresse, il

Digitized by Google

s'ensuit que le Douaire doit avoir lieu par plusieurs raisons. — La première est, qu'en matière de contrat de mariage, on présume toujours que les parties contractantes se soumettent à la disposition de la coutume où il a été passé..... — La seconde raison est que le Douaire a toujours été considéré, non point comme une pure libéralité du mari, mais comme le prix de la virginité de la femme, et même une légitime que la coutume a voulu réserver aux enfans, pour leur tenir lieu d'alimens, et prévenir l'effet de la mauvaise conduite de leur père. De là vient qu'on a douté si dans un contrat de mariage on peut renoncer expressément au Douaire, et par une disposition particulière rendre inutile et sans effet la disposition de la coutume..... — Une troisième raison est que ceux mêmes qui ont estimé qu'on peut, par un contrat de mariage, renoncer au Douaire, et que cette renonciation peut étendre son effet jusque sur les enfans, sont d'avis que pour opérer cet effet, il faut que la renonciation soit expresse et formelle : c'est en ces termes qu'en parle Ricard sur l'art. 247 de la coutume de Paris.... »

Ces moyens l'ont emporté sur ceux des acquéreurs; et par arrêt du 18 décembre 1683, la sentence du châtelet a été confirmée.

Il est donc bien constant que pour exclure le Douaire, sur-tout au préjudice des enfans, il faut une clause expresse. Ravior sur Perier, quest. 280, va même jusqu'à dire (et c'est une conséquence qu'il tire de l'arrêt dont nous venons de parler) « qu'un contrat de mariage, qui renferme des clauses opposées au Douaire, ne doit point être exécuté pour ces clauses, parceque la renonciation tacite n'est jamais présumée en cette matière ».

Mais peut-on, par un contrat de mariage, renoncer effectivement au Douaire?

On convient assez que cela est permis dans les coutumes où le Douaire n'est que viager. Mais il y a plus de difficulté par rapport à celles où il est propre aux enfans.

C'était une des questions agitées lors de l'arrêt du 18 décembre 1683; et les raisons dont on se servait de la part de l'enfant, pour soutenir la nullité de la renonciation même expresse, sont à peu près les mêmes qu'emploie pour cette opinion Huerne de La Mothe en ses *Essais de jurisprudence*, tome 3. Voici les termes de cet auteur:

« Il est faux qu'en général une simple renonciation au Douaire, portée dans un contrat de mariage, puisse suffire pour détruire en faveur de la femme l'action du Douaire. L'énoncé d'une simple renonciation aurait des inconvéniens si considérables, qu'il détruirait dans l'instant la sage précaution de nos pères, et l'équité de leurs coutumes sur la vie et l'entretien de la femme; précaution que l'on ne peut omettre sans injustice. — Une fille mineure, incapable de connaître son état, ne serait-elle pas la victime d'une surprise, qui aurait pour principe ou la cupidité de ses père et mère, tuteur ou curateur, qui la sacrifieraient à leur ambition; ou les vues intéressées d'un mari, qui aurait dessein d'anéantir, sous un spécieux appareil, les droits légitimes de la future épouse! — Une fille mineure qui peut à peine contracter pour elle, une fille majeure ou une veuve, ont-elles la faculté de sacrifier les intérêts de leurs enfans à la liberté et à la dissipation de leur père? Et quand elles auraient pu se permettre cette faculté, le magistrat pourrait-il souffrir qu'elles en abusassent, au point de devenir les parricides de leurs propres enfans? — A la bonne heure, si cette femme n'avait qu'un intérêt personnel dans le tribut du Douaire, auquel elle veuille bien renoncer. Mais ce sacrifice volontaire nuit aux enfans d'une part, et à leurs créanciers de l'autre. Un tiers peut-il nuire à un autre tiers? *Alter alteri non nocet.* — Cette maxime forme la solution de la question. — Un créancier stipule toujours ses intérêts, à raison de la loi; parceque la loi est garante de sa convention. Un acte étranger, fait contre la disposition générale de la loi, lui est toujours inconnu, et conséquemment ne peut lui faire aucun tort. Un tel acte est toujours présumé fondé, et la loi est sans cesse devant ses yeux. Une renonciation tacite de la femme à la faculté d'exercer les droits de la loi à son égard, peut-elle enlever au créancier la faculté de les exercer, relativement à lui? On ne le pensera jamais. — Les enfans naissent sous la protection de la loi. La loi peut-elle permettre qu'ils soient les victimes de la surprise du père et de la fausse crédulité de la mère? On ne le pensera sûrement pas encore. Cependant, si une renonciation au Douaire pouvait jamais avoir lieu, ces grands principes, tirés de la loi et de la nature elle-même, périraient infailliblement ».

Après s'être ainsi expliqué, Huerne de La Mothe prétend tirer avantage, pour son système, des arrêts de 1648 et de 1683, qui ont jugé que l'on ne doit pas présumer de renonciation tacite au Douaire. Voici comment il s'exprime:

« On exige que cette renonciation soit expresse et formelle. Mais qu'entend-on par ces termes? Voilà le point de la question. Il ne suffit pas que le terme de *renoncer* soit exprès et formel; l'expression de ce terme n'engendre qu'une simple renonciation. Il faut, afin que cette renonciation soit réellement expresse et formelle, qu'elle soit suivie et ait en vue un avantage, de la part du mari, équivalent au Douaire, et qui suffise pour la vie et l'entretien de la femme. Dans ce cas, ce n'est plus qu'un changement de droits, et non une réelle renonciation. — Mais, dans cet objet de changement de droits, il faut supposer que cet avantage subsiste, en faveur de la femme, à la mort du mari, dans un état suffisant à lui procurer les secours de la vie et de l'entretien dont elle s'était flattée. Pour lors, je ne trouverais point qu'une telle renonciation, si expresse et si formelle, ne dût avoir lieu relativement à la femme. Mais aura-t-elle lieu à l'égard des enfans et des créanciers? C'est ce qu'il faut aussi examiner. — Si cet avantage subsiste à la mort de la mère, nul doute que les enfans ne puissent jamais être dans la possibilité d'être relevés contre la re-

Digitized by Google

nonciation de leur mère. Ce serait même une injustice de leur part, puisque cet avantage que la mort de leur mère leur transmet dans la même integrité que le contrat de mariage le lui a transmis à elle-même, equivaut au Douaire; et que ce n'est qu'en conséquence de cet avantage, qu'elle a renoncé au Douaire. Il en sera de même du créancier. — Mais, si cet avantage fait en propriete à la femme (propriété que ne donne point le Douaire), ne subsiste plus à la mort du mari, en faveur de la femme; mais, si cet avantage fait en proprieté à la femme, ne subsiste plus à la mort de la femme, en faveur des enfans ou en faveur du créancier, jamais une telle renonciation ne pourra avoir lieu..... — La femme a bien moins renoncé à son Douaire, qu'elle n'a accepté un autre avantage qui pouvait lui paraître plus précieux. Sa renonciation n'a donc été que conditionnelle, et ne peut jamais être regardée autrement, puisqu'une simple renonciation ne pourrait valoir. Si cette femme se trouve privée de cet avantage, sa condition cesse, elle a droit de rentrer dans les termes de la loi. — Du côté des enfans et du créancier, si la mère a dissipé cet avantage qui lui tenait lieu de Douaire, les enfans peuvent-ils souffrir de la dissipation de leur mère, et se trouver réduits à l'indigence, par le parricide de ceux qui leur ont donné le jour?..... — Un mari ne fait pas renoncer une femme à son Douaire, sans une surprise maufeste. Mais comme il décore toujours sa renonciation de grands et spécieux avantages, pour cacher ses motifs et ses vues, il est nécessaire que je les mette au grand jour, afin que personne ne puisse y être surpris. — Un mari fut-il pourvu de grands biens? Un mari les offrit-il à sa femme, en toute propriété, par une donation bien authentique, posée en contrat de mariage? Et, dans cette circonstance, exigeât-il de sa femme une renonciation à son Douaire? C'est un trompeur, c'est un infidèle. Pourquoi? C'est qu'il y a lieu de douter de la disposition de son cœur, qui ne veut point recevoir de gêne, ni de contrainte dans la liberté de ses biens; et que tôt ou tard il amènera sa femme à souscrire, ou par séduction, ou par violence, au point de la faire consentir aux ventes et aliénations qu'il prémédite dès-lors d'en faire. Souvent même il se passera de son consentement; et, à sa mort, une femme tombera dans une discussion de créanciers, et dans des exercices de droits contre les tiers acquéreurs, résultans de sa donation portée en son contrat de mariage, qui la mettront au tombeau, au sein de l'indigence et de la misère la plus affreuse. — Le Douaire, au-contraire, ne court point tous ces risques. La femme en est saisie de droit à la mort du mari: point d'action, point de discussion pour s'en mettre en possession. Le mari ne peut en *vendre, engager* ni *hypothéquer* les fonds. Les décrets ne courent point contre la femme, et elle est assurée de trouver son Douaire au milieu de la plus grande dissipation de son mari. — Qu'un mari de bonne foi, épris de tendresse et d'estime pour une femme, lui donne tous ses biens, à la bonne heure: mais qu'il n'exige point de sa part une renonciation au Douaire. Qu'une femme prudente se concilie un Douaire plus avantageux ou supérieur à la donation que le mari lui presente, elle agira avec sagesse; et c'est ce que je lui recommande. — De la nature des Douaires il resulte un bien encore plus utile au général de la société. Le Douaire ne dépouille pas les familles: la propriete lui en revient de droit; et cette reversion, bien loin d'aliéner les esprits, les unit encore davantage. — Une donation universelle, ou d'une plus grande partie, faite par un mari à une femme, ou d'une femme envers un mari, sont des dons tout-à-fait contraires au bon ordre et à la société. Ces avantages considérables, à moins qu'ils ne soient mutuels, désunissent les familles les plus unies, les remplissent de procès, les inondent de contestations et de querelles qui se terminent ordinairement par une haine qui se succède de races en races, qui les fait périr toutes deux dans la misère et l'indigence les plus déplorables ».

Nous ne suivrons pas Hucrne de La Mothe dans ses autres raisonnemens; ceux que l'on vient de passer en revue, sont les plus spécieux; et quoique depuis long-temps des plaideurs intéressés à les faire valoir, les aient employés contre des renonciations qui leur préjudiciaient, ils n'ont pas encore été accueillis par un seul arrêt. Loin de là, on nous a conservé trois espèces dans lesquelles ils ont été proscrits.

La première s'est présentée dans la coutume d'Auxerre. — Une femme mineure en épousant un veuf qui avait des enfans d'un premier lit, avait renoncé formellement à tout Douaire, soit préfix, soit coutumier. Après sa mort et celle de son mari, un enfant des secondes nôces a obtenu des lettres de rescision contre le contrat de mariage qui renfermait cette renonciation. Le premier juge a entériné ces lettres, et a, en conséquence, ordonné que l'enfant jouirait du Douaire, suivant la coutume. Sur l'appel, M. l'avocat général Le Bret a dit que la minorité n'était pas un moyen suffisant pour faire rescinder un contrat de mariage; qu'au cas particulier dont il s'agissait, la renonciation n'avait rien d'extraordinaire à cause de la défaveur des secondes nôces; que nos coutumes règlent le Douaire, celle-ci d'une façon, celle-là d'une autre, mais qu'elles ne parlent pas impérativement; que quelques unes, à la vérité, défendent de porter le Douaire prefix au-delà d'une certaine quotité; mais qu'il n'y en a pas une seule qui défende d'y renoncer. Et quant à ce qui a été dit (ajoutait M. Le Bret) que le Douaire est la legitime des enfans, et que partant la mère n'y a pu renoncer, cela est véritable après que le contrat est passé, et selon les coutumes où le Douaire est propre aux enfans, comme dans la coutume de Paris, où il a été jugé plusieurs fois que la mère ne pouvait renoncer à son Douaire après que le contrat est passé, mais même qu'elle ne pouvait préjudicier à ses enfans, par l'option qu'elle aurait faite du Douaire préfix, en laissant le coutumier, parceque la mère n'en

Digitized by Google

est que simple usufruitière, et les enfans propriétaires; mais il en est autrement, lorsqu'en contractant elle y renonce, et que cette renonciation fait part des conditions sans lesquelles le mariage ne se fût ensuivi ». D'après ces considérations M. l'avocat général a conclu à ce que la sentenee fût infirmée, et l'enfant du premier lit debouté de ses demandes, fins et conelusions. — Ces conclusions ont été suivies par l'arrêt du mois de janvier 1606. (*Décisions de M. Le Bret, liv.* 1, §. 9.)

Le deuxième arrêt n'est pas aussi bien connu. Voici comment en parle Renussou, chap. 4, n. 12: « on peut stipuler que la femme n'aura point de Douaire, et qu'elle y renonce : on peut renoncer à l'avantage que donne la coutume, et telle renonciation aura lieu et son effet, même à l'egard des enfans issns du mariage. Telle convention a été autorisée et jugée valable par arrêt rendu le 20 mai 1633, sur un appointé au conseil, à la grand'chambre, après que la cause y avait été plaidée. La raison en est que le Douaire des enfans a une eause conjointe avec eelui de la femme : le Douaire qui est viager à la femme, est propre aux enfans; e'est pourquoi la femme renonçant par son contrat de mariage au Douaire, les enfans ne peuvent pas prétendre de Douaire ».

Le troisième arrêt a été rendu au parlement de Normandie; Basnage, art. 368, en parle en ces termes : « Le Douaire étant acquis à la femme par la disposition du droit commun, elle n'a pas besoin de le stipnler pour l'acquérir; il est toujours dû, bien qu'il n'en soit fait mention dans le contrat de mariage, et elle n'en pent être exclue que par une dérogation expresse à la coutume... mais lorsque par une paction expresse la femme a renoncé à prétendre Douaire, elle n'en peut avoir, comme il a été jugé par l'arrêt du 1er décembre 1656, plaidans Hurard et Mannourry ».]

[[Cette jurisprudence est aujourd'hui d'autant plus incontestable, qu'il n'y a plus de Douaire coutumier. *V.* le commencement de cet article.]]

§. IV. *Quotité du Douaire.*

I. Dans quelques coutumes, le Douaire dont jouit la femme durant sa vie, est l'usufruit de la moitié des immeubles qu'avait le mari lors du mariage. Dans d'autres eet usufruit n'est que du tiers : nous avons rendu raison de cette différence.

II. Parmi toutes ees coutumes, il y en a qui font des distinetions pour les biens et pour les personnes. Dans celles d'Artois et de Calais, le Douaire est de la moitié sur les fiefs, et du tiers sur les biens roturiers. Dans celle de Tours, il est au tiers pour les femmes nobles, et à la moitié pour les roturières, excepté dans les fiefs échus en tierce foi où elles n'ont que le tiers. Dans le eomté de Bourgogne, le Douaire des femmes roturières est réglé au tiers en usufruit de ee qu'elles ont apporté en mariage.

[[Ces distinctions ont été abolies, quant aux biens, par les lois du 4 août 1789, qui ont supprimé le regime féodal; et quant aux personnes, par la loi du 19 juin 1790, qui a supprimé la noblesse. — Mais de là naissent deux questions importantes.

1° Comment fixer le Douaire des femmes mariées depuis la promulgation des lois du 4 août 1789, et avant celle du Code Napoléon(1), dans les coutumes qui en font dependre la quotité de la qualité féodale ou censuelle des biens?

L'art. 13 du tit. 1 de la loi du 15 mars 1790 déclare « abolis tous les effets que les coutumes, statuts et usages avaient fait resulter de la qualité féodale ou eensuelle des biens, soit *par rapport au Douaire*, soit pour la forme d'estimer les biens, et généralement pour tout autre objet, quel qu'il soit; sans néanmoins comprendre dans la présente disposition, eu ce qui concerne le Douaire, les femmes actuellement mariées ou veuves ».

Mais en abolissant la qualité féodale de certains biens, les lois du 4 août 1789 ont également aboli la qualité censuelle des autres : en disant *il n'y a plus de fiefs*, ces lois ont nécessairement dit, *il n'y a plus également de censives :* car il ne peut pas exister de censives, qui ne dépendent d'un fief. Ces lois ont donc nécessairemeut converti toutes les eensives comme tous les fiefs en francs-alleux; et e'est ce que déclare expressément l'art. 2 de la loi du 19 septembre 1790.

Quel parti prendra-t-on donc dans les coutumes qui fixent le Douaire à telle quotité sur les fiefs, et à telle autre quotité sur les censives?

Il n'y aurait aueune difficulté si la question s'élevait dans une coutume qui parle des francs-alleux, et qui, ou donne au Douaire déterminé à la femme sur les biens de eette nature, ou déclare que, sur les biens de cette nature, la femme n'a point de Douaire. Alors, en effet, il est évident que l'on devrait appliquer aux ci-devant fiefs et aux ci-devant censives, la disposition de cette coutume concernant les francs-alleux.

Mais supposons une coutume qui, sans parler des francs-alleux, se borne à dire que le Douaire sera, par exemple, de la moitié sur les fiefs, et du tiers sur les censives.

A prendre les choses à la rigueur, la femme mariée dans cette coutume depuis la publication des lois du 4 août 1789, ne devrait point avoir de Douaire.

Cependant, je crois qu'il y a une distinction à faire entre la coutume qui, sans parler des francs-alleux, avait néanmoins, avant 1789, des biens allodiaux dans son territoire, et la coutume dans le territoire de laquelle il n'existait point de biens de cette nature avant 1789.

Dans la première, de deux choses l'une : ou il était d'usage avant 1789, que la femme n'eût point

(1) Je suppose ici que le Douaire coutumier n'a été aboli que par le Code Napoléon. Mais *V. Gains nuptiaux*, §. 4.

Digitized by Google

de Douaire sur les francs-alleux ; ou il était d'usage avant 1789, qu'elle eût sur les francs-alleux un Douaire quelconque. — Au premier cas, la femme n'aura de Douaire ni sur les ci-devant fiefs ni sur les ci-devant censives. — Au second cas, elle aura sur les uns et les autres le même Douaire qu'elle eût pris avant 1789 sur les francs-alleux.

Dans la seconde, il est d'abord certain que la femme a droit à un Douaire. La coutume en a exprimé la volonté pour tous les biens, de quelque espèce qu'ils fussent, qui se trouvaient dans son territoire : et de ce que la nature de ces biens a été changée par les lois du 4 août 1789 de ce que, par les lois du 4 août 1789, ces biens, de féodaux ou censuels qu'ils étaient, sont devenus allodiaux, il ne s'ensuit pas que la femme ne doive plus y avoir un Douaire. — Il n'y aurait sur-tout aucune difficulté là-dessus, si la coutume commençait par dire, abstraction faite de toute qualité féodale ou censuelle des biens, qu'il est dû un Douaire à la veuve. *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 9 ventose an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 618.

Mais ce Douaire, à quel taux le fixera-t-on? Le fixera-t-on à celui que la coutume avait réglé pour les fiefs, ou à celui qu'elle avait déterminé pour les censives ?

Si, pour les censives, le taux coutumier du Douaire était moindre que pour les fiefs, c'est, je crois, à ce taux que l'on doit s'attacher; et il y en a deux raisons, qui, par leur concours, ne peuvent laisser aucun doute dans les esprits : — La première, c'est qu'il y avait, avant le 4 août 1789, infiniment plus de censives que de fiefs ; et que par conséquent. la disposition de la coutume qui déterminait le taux du Douaire pour les censives, formait une règle générale, dont la fixation du taux du Douaire pour les fiefs n'était que l'exception ; — La seconde, c'est que dans l'alternative d'un Douaire plus fort ou d'un Douaire plus faible, les principes veulent que l'on décide contre la veuve et en faveur de l'héritier du mari, parceque la veuve est créancière, et que l'héritier du mari est débiteur ; parcequ'on doit appliquer à la convention tacite que les époux ont faite, relativement au Douaire, en se mariant sans contrat de mariage, la maxime que les lois ont établie pour les conventions expresses ; en un mot, parceque *cùm quæritur in stipulatione quid acti sit, verba contra stipulatorem sunt interpretanda.* (Loi 38, §. 18, D. *de verb. oblig.*) *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 9 ventose an 11, que je viens de citer.

Si, pour les fiefs, le Douaire était moindre que pour les censives, la question deviendrait plus difficile. Les deux raisons que je viens de donner pour l'hypothèse précédente, ne se trouveraient plus en harmonie ; elles se heurteraient l'une l'autre ; et il ne serait pas facile de décider si la première doit céder à la seconde, ou si au contraire la seconde doit l'emporter sur la première. Mais heureusement la question ne peut pas se présenter, parcequ'il n'existe aucune coutume dans laquelle le Douaire soit fixé pour les censives à un taux plus fort que pour les fiefs.

2° Comment fixer le Douaire des femmes mariées depuis la promulgation de la loi du 19 juin 1790, et avant celle du Code Napoléon, dans les coutumes qui en font dépendre le taux de la qualité noble ou roturière de la veuve ?

En abolissant la noblesse, la loi du 19 août 1790 n'a certainement pas voulu que les roturiers fussent désormais considérés comme nobles : elle a seulement voulu qu'il n'y eût plus ni nobles ni roturiers, et que ceux qui étaient précédemment distingués en deux classes, ne formassent plus à l'avenir qu'un peuple de citoyens égaux en droits civils et politiques.

Et comme par-là, elle n'a pas transféré aux ci-devant roturiers les privilèges des ci-devant nobles (*V. Armes*, §. 2), il est clair que les héritiers d'un ci-devant roturier ne peuvent pas s'arroger le privilège que quelques coutumes accordaient aux héritiers d'un ci-devant noble, de ne douaer à sa veuve qu'un Douaire inférieur à celui qu'elle aurait eu si elle eût été roturière.

Car il est à remarquer que parmi les coutumes qui faisaient dépendre de la noblesse ou de la roture de la veuve la quotité de son Douaire coutumier, il n'y en avait pas une seule dans laquelle la veuve roturière ne fût mieux traitée sur ce point que la veuve noble.]]

Au surplus, les dispositions des coutumes qui règlent le Douaire sont, comme nous l'avons dit, des statuts réels ; de sorte que la femme est obligée de prendre son Douaire dans chaque coutume, suivant que la loi du pays le lui détermine, et qu'elle n'en peut point prétendre dans ceux où il ne lui en est point accordé. Ainsi, supposé qu'un homme marié à Paris, ait des biens dans la coutume de Paris, dans celle de Poitou et dans celle de la Marche, sa veuve aura pour Douaire l'usufruit de la moitié des biens situés dans la coutume de Paris, et du tiers de ceux qui sont dans celle de Poitou ; mais elle n'aura rien dans ceux de la Marche, parceque la coutume de cette province n'accorde point de Douaire aux femmes.

Dans les coutumes où le Douaire de la femme est une somme déterminée, la femme n'a que cette somme à prétendre, sans pouvoir rien demander dans les autres coutumes où le mari peut avoir des héritages ; parcequ'une somme est quelque chose de mobilier qui ne peut donner lieu qu'à une créance personnelle dans les coutumes où l'on contracte cette créance en se mariant : les coutumes ne peuvent obliger que ceux qui sont domiciliés dans leur territoire ; elles n'ont aucun empire sur les biens situés hors de leur district.

III. La coutume de Paris étant celle à laquelle on doit s'attacher ici par préference, attendu que les dispositions qu'elle renferme sur tout ce qui concerne le Douaire, sont le plus généralement adoptées dans les autres coutumes dont le silence laisse des choses à désirer sur cette matière, nous observerons que, suivant l'art. 248 de cette coutume, la

Digitized by Google

quotité du Douaire « est *de la moitié* des héritages que le mari tient et possède au jour des épousailles et bénédiction nuptiale, et *de la moitié* des héritages qui, depuis la consommation du mariage et pendant icelui, échéent et adviennent en ligne directe audit mari ».

Voilà la quotité du Douaire bien déterminée : mais cette fixation à la moitié n'est telle que lorsque le mari n'a point d'enfans d'un mariage précédent ; car lorsque ses biens sont engagés au Douaire coutumier d'un précédent mariage, la femme qu'il épouse en secondes nôces, au lieu de la moitié sur le total des biens du mari, n'a que la moitié sur ceux qui restent après le premier Douaire prélevé ; s'il se marie en troisièmes nôces, et qu'il y ait des enfans de ce second mariage comme on en suppose du premier, le Douaire de la troisième femme n'est que de la moitié des biens libres du mari après le prélèvement des Douaires antérieurs ; de sorte que le premier Douaire est la moitié du total, le second du quart, le troisième du huitième ; ainsi à proportion des autres mariages ultérieurs. Voici comment s'en explique l'art. 253 de la coutume : « Quand le père a été marié plusieurs fois, le Douaire coutumier des enfans du premier lit est la moitié des immeubles qu'il avait lors du premier mariage, et qui lui sont advenus pendant ledit mariage en ligne directe ; et le Douaire coutumier des enfans du second lit (et par conséquent de la seconde femme), est le quart desdits immeubles, ensemble moitié tant de la portion des conquêts appartenans au mari, faits pendant le premier mariage, que des acquêts par lui faits depuis la dissolution dudit premier mariage, jusqu'au jour de la consommation du second, et la moitié des immeubles dud. mariage ; et ainsi conséquemment des autres mariages ». (1)

On demande si la réduction portée par cet article, doit cesser lorsque les enfans douairiers viennent à mourir ou à renoncer au Douaire pour se porter héritiers ?

Les auteurs décident que le Douaire ne pouvant augmenter ni diminuer, la femme est obligée de s'en tenir à la fixation qu'elle a eue par la coutume lors du mariage, sans que par aucun événement il puisse être changé ni modifié. Il y a plus, on décide que lors même qu'il y a eu exclusion de Douaire par le premier contrat de mariage, le Douaire coutumier de la seconde femme n'en devient pas meilleur que ne le donne la coutume, lorsqu'au temps du second mariage il se trouve des enfans du premier ; on en donne pour raison que si, par une suite de l'exclusion de Douaire au premier contrat, il n'est dû aux enfans aucune portion dans les biens de leur père à titre de Douaire, il leur en est dû une part à d'autres titres ; qu'il suffit qu'ils aient droit de concourir avec la veuve et les enfans du second mariage au partage des biens de leur père après sa mort, pour que le Douaire de ce second mariage doive souffrir la réduction dont il s'agit ; que c'est leur concours qui cause cette réduction plutôt que le titre auquel ils concourent, lequel doit être à cet égard indifférent. Il est vrai que Le Maître n'est pas de cet avis ; mais son opinion est combattue par Ferrières et par Bourjon, du sentiment desquels est Pothier. Nous ajouterons que le Douaire de la seconde femme doit à plus forte raison être réduit, lorsqu'il y a au premier contrat un Douaire préfix, quoique moindre que le coutumier : autrement, il y aurait Douaire sur Douaire, ce qui serait contraire à la maxime reçue que *Douaire sur Douaire n'a lieu*.

Mais observez que, dans les coutumes où les enfans n'ont point de Douaire, à moins qu'il n'ait été stipulé en leur faveur par le contrat, la réduction du Douaire de la seconde femme n'a plus lieu lorsque ces enfans viennent à mourir, ou qu'ils se portent héritiers de leur père. La raison en est que le Douaire accordé à ces enfans, est moins, à proprement parler, un Douaire qu'une vraie donation ; et si, lorsque ces enfans sont décédés, la donation rentre dans les biens du père, il n'est pas surprenant que la femme y prenne son Douaire, parceque la donation étant devenue caduque, le père est censé n'avoir jamais été dépouillé des héritages donnés. On ne peut pas dire en ce cas qu'il y ait Douaire sur Douaire : il en serait autrement dans la coutume de Paris, où les enfans ont exactement ce qu'on appelle un Douaire, sur lequel celui de la seconde femme ne peut point être assigné ; mais il peut l'être éventuellement sur des héritages donnés, tout comme il l'est, ainsi que nous le verrons ci-après, sur ceux qui rentrent au mari par une survenance d'enfans.

Lorsque le Douaire a été stipulé plus fort pour les enfans qu'il ne l'est par la coutume ; lorsqu'au lieu de la moitié des héritages on a dit, par exemple, qu'il serait des deux tiers, la réduction de celui de la seconde femme doit être en proportion, c'est-à-dire qu'elle ne doit avoir son Douaire que sur la moitié du tiers restant, ce qui fait un sixième au total.

[[Aujourd'hui, il n'y a plus pour la quotité du Douaire conventionnel, d'autres règles que celles qui sont fixées par les art. 1094 et 1098 du Code Napoléon. *V.* ci-après, §. 7, n. 4 et 5.]]

§. V. *Des biens sujets au Douaire.*

I. Toutes les coutumes ne sont pas uniformes sur

(1) Bourjon a prétendu que le Douaire accordé à la seconde femme sur la moitié de conquêts revenans au mari, ne pouvait avoir lieu au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfans du premier mariage en conséquence des dispositions de l'art. 279 de la même coutume ; mais c'est une erreur palpable et justement relevée par Pothier. — D'abord le texte de l'art 253 qui accorde le Douaire à la femme sur la moitié des conquêts, est formel. — En second lieu, l'art. 279 qui oblige la femme qui se remarie, de conserver les conquêts aux enfans du premier mariage, est pour un cas tout différent. — Enfin, c'est que le Douaire, comme nous l'avons dit, est moins une libéralité qu'une dette dont la coutume charge les biens du mari.

Digitized by Google

ce point, comme on a pu déjà s'en apercevoir par ce que nous venons de dire de la quotité du Douaire. Le plus grand nombre de ces coutumes assujettit néanmoins au Douaire les immeubles qu'avait le mari lors du contrat ou de la célébration du mariage (1), et ceux qui lui sont échus durant le mariage en ligne directe ascendante à titre de succession, de legs ou de don. Telle est entr'autres, comme nous l'avons vu, la coutume de Paris, par les dispositions que renferme l'art. 248 que nous avons rapporté.

La coutume de Sédan soumet au Douaire, non seulement les biens qui proviennent de la ligne directe, mais encore ceux de la ligne descendante; de sorte que les immeubles qui passent du fils au père y sont sujets comme ceux que ce dernier recueille de son aïeul.

Dans le Berri et dans le Bourbonnais, le Douaire se prend uniquement sur les immeubles que le mari laisse à son décès, avec cette exception néanmoins que les conquêts n'y sont point compris, par la raison que la femme en a la moitié en sa qualité de commune: cela serait différent s'il y avait exclusion de communauté par le contrat de mariage; mais une simple renonciation à cette communauté lors de sa dissolution, ne produirait point le même effet, parceque, comme l'observe Dumoulin, le Douaire demeure tel qu'il a été déterminé lors du mariage, sans pouvoir être changé ni modifié.

[Dans la coutume de Normandie, on distingue si, au moment du mariage, le mari est maître de ses droits, ou s'il est fils de famille.

Au premier cas, la coutume soumet au Douaire tous les biens que possède le mari au moment de la bénédiction nuptiale, ou qui lui viennent ensuite de ses ascendans, à quelque titre que ceux-ci les aient possédés; et même, suivant l'art. 71 des placites de 1666, lorsque la femme a fait à son mari un don mobil, qui se trouve encore en essence, soit à la dissolution du mariage, soit lorsque les deux conjoints viennent à se séparer, il est aussi sujet au Douaire; pourvu néanmoins, comme l'a jugé un arrêt du 16 avril 1682, rapporté par Basnage, art. 367, qu'il ne soit pas, à l'une ou à l'autre époque, affecté à des créanciers par hypothèques prises antérieurement.

Au second cas, la femme a droit de Douaire sur les biens des ascendans de son mari, quoiqu'il soit mort avant eux, jusqu'à concurrence de la part qu'il aurait pu prendre dans leur succession. Mais observez, 1°. que leur bru ne prend pas Douaire sur ce qu'ils acquièrent après le décès de leurs fils; 2°. qu'elle ne le prend même pas sur leurs autres biens, lorsqu'ils n'ont pas consenti au mariage.]

(1) Le Brun comprend parmi ces biens, ceux même que la femme a donnés à son mari par le contrat de mariage. Remarquez en même temps qu'on a jugé que les biens échus en ligne collatérale à un mari le jour même, [[mais sans doute après la célébration]], du mariage, n'entraient point dans le Douaire.

II. En parlant du Douaire suivant le droit commun, il faut en revenir à la coutume de Paris pour les biens auxquels il est assujetti suivant cette coutume.

L'art. 248, que nous avons cité, dit positivement que ce Douaire est de la moitié *des héritages* que le mari possède lors du mariage, et de la moitié de ceux qui lui sont survenus depuis en ligne directe.

Sous le mot *héritages*, qui est un mot generique, on entend tous les immeubles réels, propres ou acquêts qu'avait le mari lors de son mariage (1). On y comprend aussi les immeubles fictifs, tels que sont les rentes constituées et les offices vénaux ou domaniaux: mais observez, à l'egard des rentes constituées, que la nature s'en détermine suivant la loi du pays où le mari était domicilié lors du mariage; de sorte que, si la loi de ce domicile met les rentes constituées au rang des meubles, la femme n'y a aucun Douaire, quoique le mari ait acquis lors de son décès un nouveau domicile dans une coutume où ces mêmes rentes sont réputées immeubles, et cela par la raison que la détermination du Douaire qui se fait lors du mariage est invariable, malgré que les rentes dont nous parlons soient susceptibles de changement dans leur nature en matière de succession.

Quant aux offices, observez que la femme n'y prend son Douaire qu'autant que l'usufruit des autres biens ne la remplit pas de la moitié de celui qu'elle a sur la totalité des immeubles réels et autres. [C'est du moins ce que l'on a jugé dans la coutume de Senlis, par l'arrêt du 30 janvier 1607, rapporté par Louet, lettre D, §. 63; et dans celle de Paris, par les arrêts de 1617, du 23 mai 1625 et mai 1626, cités par Brodeau au même endroit.]

Observez encore qu'en cette matière on se règlent par la loi du domicile du mari lors du mariage, quand ils ne sont point de nature à exiger une résidence continuelle dans les lieux où s'en exercent les fonctions. *V. Domicile.*

[Mais il reste une autre question; c'est de savoir si l'office dont le mari était pourvu lors du mariage et qu'il a résigné depuis ou laissé tomber aux parties casuelles, est sujet au Douaire?

Il ne l'est sûrement ni dans le premier cas, contre un tiers acquéreur qui a obtenu des provisions, dont l'effet est, comme on le sait, de purger toutes les hypothèques possibles, ni dans le second cas, contre le roi, que l'on ne peut empêcher de conférer l'office à qui il lui plaît, lorsque le titulaire qui en était pourvu a omis les formalités nécessaires pour le conserver à sa famille.

Mais n'est-il pas sujet au Douaire, en ce sens que

(1) On n'en excepte même pas les portions qui peuvent entrer un jour dans le droit d'aînesse de l'un des enfans. Cet enfant ne peut exciper de son droit que contre ses frères et ses sœurs et non contre la douairière. Celle-ci n'a point à la vérité, dans le Poitou, le principal *hébergement* lorsque le fils aîné veut en jouir lui-même, mais il est obligé envers elle à une récompense sur les autres biens.

Digitized by Google

la femme doive être récompensée sur les autres biens de son mari, du Douaire qu'elle aurait eu sur cet office, si le mari ne l'avait pas résigné ou laissé perdre ?

Cette question ne peut pas, comme on le voit, se presenter dans les coutumes dont on vient de parler, puisque, dans le cas où il existe d'autres biens, les offices sont exempts du Douaire.

Mais elle peut se presenter frequemment dans la coutume de Normandie, qui assujettit les offices au Douaire concurremment avec les autres biens.

Or, pour la Normandie, l'affirmative a été adoptée par plusieurs arrêts. Brodeau, lettre M, §. 63, en rapporte un du parlement de Paris, du 16 janvier 1621, par lequel, dit-il, « la cour, en confirmant la sentence de MM. des requêtes du palais, du 2 août 1620, ordonna que la dame du Bosc jouirait en Douaire purement et simplement, du tiers des immeubles et héritages qui appartenaient au sieur de Tourmente, son mari, et desquels il était saisi lors et au temps de leurs épousailles, suivant la coutume de Normandie, *et que récompense lui serait faite* sur les deux autres tiers des immeubles et héritages de la succession, de la somme de 19,500 liv., à laquelle revenait le tiers du prix et composition de l'office de conseiller au grand conseil dont le défunt était pourvu au jour de ses épousailles, et par lui vendu de son vivant ».

Basnage, art. 367, rapporte deux arrêts semblables du parlement de Normandie, en date des 7 décembre 1628 et 12 juin 1660.

Cet auteur ajoute que, par un autre arrêt du 12 mars 1671, il a été jugé que la récompense n'a pas lieu au profit de la femme qui s'est rendue héritière de son mari. Dans ce cas, en effet, elle ne peut se dispenser de [illegible] conséquent à celui de l'office qui a été aliéné, et qui a été perdu ou résigné; à quoi lui servirait donc d'y prendre un Douaire, tandis qu'en sa qualité d'héritière, elle doit contribuer au remploi ?]

III. Les droits incorporels qui tiennent de la nature des immeubles[1], sont pareillement sujets au Douaire : ainsi, la rente viagère dont jouissait le mari sur la tête d'un tiers, entre dans le Douaire de la femme : un héritage réversible y est par la même raison assujetti, quelque peu de temps qu'il reste de la jouissance de cet héritage lors de la mort du mari.

IV. Les immeubles fictifs par convention n'entrent pas de même dans le Douaire, non plus qu'une somme d'argent donnée par le père au mari *pour être employée en achat d'héritages;* cette clause, qui ne peut concerner que la communauté, n'a aucun rapport au Douaire. Le Maître pense différemment; mais nous préférons l'opinion de Renusson et de Pothier, qui sont à cet égard d'un avis contraire au sien.

[Remarquez cependant que l'on cite pour l'opinion de Le Maître, un arrêt du 12 juin 1623, rendu dans la coutume de Poitou, et confirmatif d'une sentence du présidial de Poitiers. Brodeau en fait mention sur Loüet, lettre D, §. 63; et Auzanet nous apprend en ses mémoires sur l'art. 248 de la coutume de Paris, que par cet arrêt « il fut jugé qu'une somme de deniers donnée par un père à son fils par son contrat de mariage, pour ses droits maternels échus et pour ses droits paternels à échoir, avec clause qu'elle tiendrait nature de propre au donataire, était sujet au Douaire coutumier de sa femme ».

Mais, dit Renusson, chap. 3, n. 107, « cet arrêt peut avoir été rendu sur des circonstances particulières dans le fait; peut-être qu'il y avait des heritages dans la succession échue de la mère et dans la succession à échoir du père, et que le fils donataire serait decédé mineur; autrement cet arrêt ne pourrait être consideré et serait contraire aux règles et aux principes ». *V. Réserves coutumières,* sect. 1, *première classe.*

Nous pensons comme cet auteur dans la thèse générale; mais nous devons observer qu'il s'est trompé en présentant l'arrêt dont il s'agit comme motivé par *des circonstances particulières dans le fait.* Cet arrêt prouve le contraire par sa propre teneur : on y voit que l'appel était d'une sentence de la sénéchaussée de Poitiers, et que l'appelant, adversaire de la veuve, se plaignait « de ce que, sur la somme de 3,500 liv. données en faveur de mariage par le père du mari, stipulées propres, il avait été ordonné que l'intimée jouirait du tiers d'icelle somme par forme de Douaire, contre la disposition de la coutume de Poiton qui porte que Douaire est dû, et l'assignat d'icelui se doit prendre sur les héritages propres et acquêts venus et échus en succession [illegible] seulement pour empêcher qu'elle entre en la communauté ». — Ces moyens qui sont rappelés dans le vu de l'arrêt, prouvent clairement que la question a été jugée en thèse et abstraction faite de toute circonstance particulière.

Mais ce qui doit empêcher que l'on ne tire cet arrêt à conséquence, c'est que la coutume de Poitou, dans laquelle il est intervenu, avait été constamment interprétée dans le sens qu'il lui a donné; et c'est par suite de cette consideration qu'un autre arrêt du 3 juillet 1693 a encore jugé qu'une femme mariée dans la même coutume, devait avoir Douaire sur un immeuble acquis posterieurement à la benédiction nuptiale, d'une somme de 10,000 liv. que la mère du mari lui avait donnée par le contrat de mariage, à la charge qu'elle lui tiendrait nature de propre.

Ces deux arrêts sont rapportés au Journal des audiences, tome 2, page 904 et suivantes, édition de 1733.

Olivier de Saint-Vaast, tome 3, page 87, de son Commentaire sur la coutume du Maine, assure que l'usage de cette province est, sur ce point, conforme à celui du Poitou.]

IV. La femme n'a point de Douaire sur les jouis-

Digitized by Google

sances qu'exerçait le mari à titre de bail ordinaire; mais elle peut le prétendre sur les baux à longues années, ainsi que sur les biens que le mari possédait à titre d'engagement, parceque dans ces sortes de cas, il y a comme un transport de domaine utile en faveur de celui qui doit jouir. Elle n'aurait pourtant pas de Douaire sur les fonds dont son mari aurait été mis en possession par son débiteur pour en percevoir les revenus en paiement de ses créances, parceque n'ayant aucun droit sur ces mêmes créances qu'on suppose mobilières, elle ne saurait en avoir non plus sur ce qui n'en est, en quelque sorte, que la représentation ou le paiement.

V. Les héritages ameublis sont exempts du Douaire, quoique ces héritages ne soient tels que par fiction et par convention. La raison en est que ces héritages entrant dès-lors dans la communauté, il serait singulier que la femme pût y participer à deux titres différens : elle ne pourrait même y réclamer aucun droit en renonçant à cette communauté, par la raison, comme nous l'avons dit, que son Douaire doit demeurer tel qu'elle a dû l'apercevoir lors du contrat de mariage.

VI. Les biens sujets au Douaire sont encore ceux auxquels le mari avait droit en se mariant, quoique alors il n'en fût pas possesseur; ceux qui lui sont rentrés en vertu d'une clause expresse ou tacite inhérente au contrat d'aliénation, tels que ceux qu'il avait donnés et qui lui sont revenus par une survenance d'enfans : ceux qui lui avaient été légués avant le mariage, mais dont il ne pouvait obtenir la délivrance qu'après l'accomplissement d'une condition (1) : ceux à l'occasion desquels il avait une faculté de remeré à exercer, sous dont il a repris la possession en vertu d'une cause résolutoire, comme à défaut de paiement; tous ceux, enfin, dans lesquels il est rentré, comme on dit, en vertu d'une cause ancienne, *ex antiquâ causâ*.

VII. En est-il de même de ceux dont le mari est devenu possesseur en vertu d'un droit de retrait féodal? Pothier decide pour l'affirmative, lorsque la vente qui donne lieu à ce retrait, est antérieure au mariage; mais nous préférons l'opinion de ceux qui pensent qu'un héritage qui a fait l'objet d'un retrait féodal, n'a été réellement acquis que par l'exercice de la faculté du retrait; et que cet exercice étant postérieur au mariage, la femme ne peut y prétendre aucun douaire.

VIII. On demande si le Douaire est acquis sur un héritage vendu au mari avant le mariage, et dont le retrait a depuis été exercé? La raison de douter est que le droit de la femme est imprimé sur tous les immeubles que possédait son mari lors du mariage, et qu'il était possesseur de l'héritage retiré. Les annotateurs de Renusson eitent un arrêt du 19 février 1669, qui, d'après cette raison, a jugé pour l'affirmative; mais ils observent fort judicieusement que ce préjuge est contre les principes, parcequ'un tel héritage est regarde comme n'ayant jamais appartenu à l'acquéreur évincé.

IX. Lorsqu'il y a un contrat de mariage, les biens qu'avait le mari dans ce temps-là, sont ceux sur lesquels la femme a des droits; et, lorsqu'il n'y a point de contrat, ce sont ceux qu'il avait lors de la célébration; de sorte que, si le futur époux, dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et la célébration, aliénait une partie de ces biens, la femme ne laisserait pas d'avoir son Douaire tel qu'il était acquis par le contrat, parceque ce futur époux ne devait rien faire qui pût la frustrer de ses espérances.

Renusson avait prétendu que les immeubles acquis dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, n'entraient point dans le Douaire; mais cette erreur a été solidement réfutée par ses annotateurs, d'après lesquels on voit clairement qu'il est de principe certain, que, quand il y a un contrat de mariage, les biens qu'avait le mari dans ce temps-là, et ceux qu'il a acquis depuis jusqu'à la célébration, qui n'est en quelque façon que la clôture de ce contrat, entrent naturellement dans le Douaire de la femme relativement aux différentes dispositions des coutumes qui les régissent.

X. Le Douaire se prend encore, non seulement sur les biens que le mari avait lors du contrat ou de la célébration du mariage, mais encore sur ceux qui lui sont venus depuis, de son père et de sa mère, par donation, succession ou autrement, mais non sur ceux auxquels il a succédé par la mort de l'un de ses enfans, à moins que ces biens ne lui fussent [illegible] droit de reversion, parcequ'alors il serait censé n'en avoir jamais été dépouillé.

XI. Observez que, si le mari [illegible] l'ouverture des successions en ligne directe, la femme n'aurait aucun Douaire sur les biens qui en feraient l'objet, parceque la coutume ne parle que des biens échus pendant le mariage : cela serait différent dans le Maine, dans le Poitou, dans la Normandie, comme on l'a vu plus haut, et dans quelques autres coutumes qui ont à cet égard des dispositions particulières. Mais le texte de la coutume de Paris est tellement pris à la lettre sur ce point, que, quand même le père aurait assuré au futur époux la part qu'il devait avoir dans sa succession, cette clause n'en serait pas plus favorable à la femme, parcequ'une clause pareille n'aurait jamais donné de propriété actuelle au fils sur les biens à venir de son père.

XII. Quant aux biens substitués, lorsque le mari a recueilli pendant le mariage une substitution du chef d'un de ses ascendans, quoique par le canal du chef d'un étranger, ces biens n'en sont pas moins sujets au Douaire, parceque le mari est censé les tenir directement de l'auteur de cette substitution. Il doit par la même raison en être autrement, lorsque cette même substitution vient du chef d'un étranger, ou si l'on veut d'un collatéral; la femme n'y a aucun

(1) Il en serait autrement si le testateur n'était mort qu'après le mariage, quoique le testament eût été fait auparavant.

Digitized by Google

Douaire, quoique les biens substitués soient venus au mari par le canal de son père, car ce n'est point de celui-ci qu'il est censé les avoir recueillis.

Lorsque les biens de celui qui se marie, sont grevés de substitution, ils ne laissent pas, en certains cas, de devenir sujets au Douaire de la femme à défaut de biens libres. *V. Substitution fideicommissaire*, sect. 27, §. 5.

XIII. Si les biens substitués sont sujets au Douaire, il est tout naturel, à plus forte raison, que ceux qui remplacent les immeubles qu'avait le mari lors du mariage, demeurent subrogés aux droits de la femme. Elle peut, dès-lors, demander à jouir des sommes qui ont été remboursées au mari pour le rachat des rentes constituées qui entraient dans son Douaire, ou que le mari a reçues pour une vente forcée de ses héritages: elle doit jouir, par la même raison, des héritages qu'il a pris en échange d'autres héritages, ainsi que des sommes qu'il a reçues en retour; elle doit jouir aussi des rentes foncières pour lesquelles le mari a cédé les fonds sujets au Douaire: cela n'empêche pourtant pas qu'elle n'ait le droit de préférer l'exercice de l'usufruit des fonds aliénés, lorsque ces aliénations tournent à son préjudice; mais, lorsqu'il est clair qu'elle a autant d'avantage à se contenter des choses subrogées qu'à jouir de celles qui étaient directement soumises à son Douaire, on ne l'écoute pas favorablement dans sa réclamation, quand il peut en résulter des actions récursoires trop à charge aux héritiers, surtout s'il ne paraît point que les aliénations dont elle se plaint, aient été faites de mauvaise foi par le mari dans la vue de lui diminuer ses avantages.

[XIV. Quoique les meubles soient régulièrement affranchis du Douaire, cependant il est des cas où ils en sont passibles. C'est ce qui a été jugé dans la coutume de Normandie, par cinq arrêts dont il est important de connaître les espèces.

Le premier, rapporté par Basnage, art. 367, est du 1er avril 1667. Il juge « qu'une femme ayant épousé un mineur, durant la minorité duquel on avait racheté quelques rentes constituées, dont le remploi n'avait point été fait par son tuteur, lors du mariage, elle avait Douaire sur les deniers provenans de ces rachats ». De manière, dit Basnage, que la subrogation légale des deniers des mineurs aux biens dont ils proviennent, a autant lieu pour les douairières que pour les héritiers.

Le deuxième arrêt, rapporté par l'annotateur de Pesnelle, sur l'art. 367 de cette coutume, est du 10 mars 1688: il a jugé que la femme avait Douaire, 1°. sur une somme de deniers à laquelle avait été évaluée la moitié d'un office dont le frère de son mari avait été pourvu, en conséquence de la procuration *ad resignandum* de son père; 2°. sur une autre somme adjugée à son mari, depuis le mariage, pour dommages-intérêts résultans de l'inexécution d'un contrat de fieffe ou bail à rente fait au père du mari, avant le mariage de son fils, et resolu après la mort du père. — La raison de décider ainsi sur le premier point, a été que chacun des enfans est saisi de plein droit, par le décès du père commun, de la portion virile des corps héréditaires, malgré l'avantage fait à l'un d'eux; et, sur le second, que l'on ne peut considérer une fieffe dont le père était saisi au moment de sa mort, comme un meuble à l'égard de la femme.

Le troisième arrêt, qui est du 8 août 1690, rentre dans l'espèce du premier: il adjuge le Douaire à la femme sur les deniers du remboursement fait à son mari durant sa minorité; d'une rente qui lui était propre. Le mariage n'avait cependant été contracté qu'après la majorité; mais ce qui a déterminé l'arrêt, c'est qu'à cette époque, le compte de tutelle n'était pas encore rendu.

Le quatrième arrêt est rapporté par l'annotateur de Bérault, art. 367. Voici de quelle manière il en retrace l'espèce. — Adrien de Livet, gentilhomme, qui possédait 7 à 8,000 liv. de rente, étant veuf, et n'ayant qu'un fils nommé Jacques, le maria; par le contrat de mariage, il lui donna en avancement d'hoirie 2,000 liv. de rente, s'obligea de lui garder le reste de ses biens, et s'interdit le pouvoir de les aliéner ni hypothéquer, se réservant seulement le pouvoir de disposer d'une somme de 10,000 livres: ce contrat de mariage fut insinué. — Quelque temps après, le sieur de Livet passa lui-même à de secondes nôces avec la demoiselle Deschamps, de laquelle il reconnut avoir reçu 10,000 liv.; c'était la même somme dont il s'était réservé la liberté de disposer par le contrat de mariage de son fils. — Adrien de Livet père étant décédé, la demoiselle Deschamps, sa veuve, convola à son tour: elle épousa le sieur de Graveron. — Le sieur de Graveron actionna Jacques de Livet, seigneur de Barville, pour le faire condamner à la restitution des 10,000 liv. de dot qu'Adrien de Livet son père avait reconnu avoir reçues; et en même temps pour lui demander Douaire, tant sur les biens dont celui-ci l'avait avancé, que sur ceux dont il s'était interdit la faculté d'aliéner. — Le sieur de Barville se défendit, prétendant, 1°. que son père n'avait pu, par une disposition ou plutôt par une fausse reconnaissance d'avoir reçu 10,000 livres, hypothéquer un bien dont il ne s'était réservé que l'usufruit; 2°. que la dame de Graveron ne pouvait avoir Douaire sur les 2,000 liv. de rente dont il avait été avancé par son contrat de mariage, puisque son père n'en était plus saisi lorsqu'il avait épousé la demoiselle Deschamps; enfin, que la dame de Graveron ne pouvait demander Douaire, même sur les biens dont son père était saisi lorsqu'il l'avait épousée, parcequ'au moyen de la promesse portée au contrat de mariage de son fils, dûment insinué, le sieur de Livet père n'avait plus qu'un usufruit; qu'un mari ne peut pas donner Douaire à sa femme sur un usufruit, puisque ce serait usufruit sur usufruit; et que, dès que l'usufruit périt par la mort de l'usufruitier, il n'est pas possible que l'usufruit de cet usufruit puisse subsister après lui. — Le sieur de Graveron répondait que, si sa femme avait eu des enfans du sieur de Livet, ni l'avancement de 2,000 liv. de rente, ni

Digitized by Google

la promesse de garder sa succession, n'auraient pu avoir d'effet; au moyen de quoi elle aurait eu sa dot et son Douaire à prendre sur tout le bien de son mari. Ainsi, disait-il, à plus forte raison doit-elle prendre sa dot sur la somme dont son mari s'était réservé la liberté de disposer. — Elle doit également avoir son Douaire sur ces mêmes biens, parceque l'avancement fait au fils, et la promesse que son père lui a faite de lui garder le reste de sa succession, ne peut être objectée qu'à des étrangers auxquels il n'aurait pu hypothéquer ces mêmes biens, et non à une seconde femme à laquelle il faut garder Douaire; autrement, un père, pour avoir voulu du bien à son fils, ne pourrait plus se remarier, parcequ'il ne trouverait pas de femme qui voulût l'épouser sans Douaire. — La première question, par rapport à la répétition des 10,000 liv. de dot, ne fit aucune espèce de difficulté, au moyen de la réserve faite par le père, dans le contrat de mariage de son fils; mais il s'en trouva davantage à l'egard du Douaire. — Par l'arrêt, il fut dit que la veuve remporterait sa dot de 10,000 liv., et qu'elle aurait Douaire sur les biens dont son mari était saisi lors de son mariage, malgré la promesse faite par le père à son fils; mais elle fut déboutée de sa demande sur les 2,000 liv. de rente, dont le fils avait été avancé.

Voici l'espèce du cinquième arrêt. En 1648, le sieur de Mainteterme donne sa terre de Menneval, avec faculté néanmoins de disposer de 15,000 liv. sur l'objet donné, *de laquelle somme*, portait l'acte, *il se réserve la propriété*. Quelque temps après, il se marie, et promet Douaire à son épouse *sur tous ses biens*. Au bout d'un an ou deux, il meurt. Question de savoir si la veuve aura Douaire sur les 15,000 livres réservées par la donation de 1648, et à quelle concurrence. La veuve soutenait qu'elle devait avoir les 15,000 liv. en entier, pour la récompense du Douaire qu'elle aurait dû avoir sur la terre de Menneval; et qu'en tout événement, on ne pouvait pas lui en contester le tiers, puisque le sieur de Mainteterme en avait conservé la propriété. Par arrêt rapporté sans date dans le Dictionnaire de droit normand, art. *Douaire*, n° 4, il a été jugé que la veuve aurait pour Douaire l'usufruit du tiers des 15,000 liv.; et, en conséquence, l'héritier du mari a été condamné à lui fournir une rente viagère de 250 liv.]

§. VI. *Douaire subsidiaire.*

C'est celui qui, à défaut de biens de la part du mari, lors du mariage, se prend sur sa portion des conquêts immeubles de la communauté, et subsidiairement sur le mobilier de cette communauté, lorsqu'il n'y a point d'autre nature de biens dans la succession du mari; mais ce Douaire n'a lieu que dans les coutumes qui l'accordent formellement: car dans celles où il n'en est point parlé, la femme n'a point de Douaire, lorsque le mari ne possédait au temps du mariage aucun bien de l'espèce de ceux sur lesquels le Douaire ordinaire est assigné.

La coutume d'Orléans est une des coutumes qui attribuent le Douaire subsidiaire. Voici comme elle s'en explique, art. 221: «En traité de mariage auquel il n'y a convention de Douaire, et le mari n'a aucun propre héritage, la femme aura pour son Douaire le quart des conquêts de la portion des héritiers du decède en usufruit, en payant les charges; et, s'il n'y a conquêts, aura la quarte partie des meubles de la portion des héritiers du trepassé à perpétuité, les dettes deduites (1)».

On voit, par les dispositions de cette coutume, que le Douaire subsidiaire n'a lieu qu'en deux cas: le premier, lorsqu'il n'y en a eu aucun de stipulé par le contrat de mariage; car, s'il y avait la moindre convention à cet égard, il ne pourrait y avoir d'autre Douaire que celui dont les parties seraient convenues. Le second cas est celui où le mari n'avait, lors du mariage, aucun de ces immeubles où se prend le Douaire ordinaire; car, s'il y en avait eu un, la femme, en se mariant, aurait dû prévoir que ce serait sur cet immeuble que son Douaire demeurerait fixé; mais tontefois il faut supposer que cet immeuble serait de quelque valeur; car, s'il n'était question que de quelque petite portion d'héritage, ou d'une rente de peu de valeur, comme par exemple, d'un écu, il est certain que si peu de chose serait compté pour rien, suivant la maxime *parùm pro nihilo reputatur*; et cette modicité donnerait ouverture au Douaire subsidiaire; la raison en est que ce Douaire ayant pour objet d'aider à la subsistance de la femme, il ne suffirait pas de dire qu'il y a des biens de la qualité requise, si ces biens n'étaient pas en même temps en quantité convenable.

Mais observez que si, dans la succession du mari, il se trouve des immeubles situés dans d'autres provinces sur lesquels la femme ait son Douaire, en vertu de la loi municipale du pays, elle ne peut plus demander le Douaire subsidiaire dans la coutume où il est établi à défaut d'autres biens: la raison en est qu'elle n'accorde un Douaire subsidiaire qu'autant que le mari n'a point *de propres*, c'est-à-dire, de ces biens sur lesquels s'exerce le Douaire ordinaire; de sorte que, quand il en a, soit dans un pays, soit dans un autre, pourvu que, dans ces pays, le Douaire y soit coutumier, elle n'a plus de Douaire subsidiaire à prétendre nulle part.

Lorsque le mari avait un héritage sujet au Douaire lors du mariage, et que cet héritage ne s'est plus trouvé dans sa succession, soit parcequ'il a été entraîné par un torrent, ou qu'il a été absorbé par un tremblement de terre, c'est comme si le mari n'avait jamais eu cet héritage; et il y a lieu dès-lors à

(1) La coutume de Tremblevif, locale, de Blois, n'accorde le Douaire subsidiaire qu'entre roturiers. Celle du Dunois, à défaut d'héritages, l'accorde à la femme jusqu'à concurrence de la somme de soixante sous une fois payée.

Dans le Bourbonnais, à défaut d'héritages propres sur lesquels le Douaire ordinaire est assigné, l'art. 266 de la coutume le donne en usufruit sur la moitié de la portion des biens du mari, tant en meubles que conquêts immeubles, à la charge de prélever les dettes de la succession.

Digitized by Google

un Douaire subsidiaire. Ce Douaire s'exerce pareillement lorsqu'il ne se trouve d'autres biens sujets au Douaire ordinaire, qu'une rente dont le débiteur est insolvable. En effet, c'est la même chose pour la femme, dit Pothier, qu'il ne se trouve aucun bien sujet au Douaire, ou qu'il ne se trouve qu'une rente dont on ne puisse percevoir aucun revenu par l'insolvabilité du débiteur : c'est n'avoir point d'action que d'en avoir une qui ne peut produire aucun effet : *Idem est non habere actionem, et habere inanem.*

On permet aussi à la femme de demander le Douaire subsidiaire, lorsque l'héritage sur lequel pouvait se prendre le Douaire ordinaire, se trouve grevé d'un usufruit en vers quelqu'un; la femme, dans ce cas, n'est point obligée d'attendre que l'usufruit ait cessé, à moins que les héritiers ne préfèrent de lui en payer, jusqu'à ce temps-là, l'équivalent.

Observez que le Douaire subsidiaire et le Douaire ordinaire ne pouvant avoir lieu tout ensemble, il faut que la douairière renonce à celui-ci pour avoir l'autre; bien entendu, comme on le sent parfaitement, que cette renonciation n'a d'effet qu'autant qu'elle est fondée sur des causes raisonnables: car si, par exemple, l'héritage sujet au Douaire ordinaire, avait été aliéné par le mari, la renonciation de la femme n'empêcherait pas qu'elle ne fût obligée de revendiquer elle-même cet héritage; elle serait encore plus non recevable à renoncer, si elle avait donné elle-même les mains à l'aliénation : on la forcerait de se contenter de l'usufruit de la somme qui en serait provenue.

Quand la femme est dans le cas d'exercer le Douaire subsidiaire, il faut d'abord savoir si elle accepte la communauté, ou si elle y renonce. Quand elle l'accepte, elle a pour son Douaire le quart en usufruit des conquêts de la portion des héritiers du mari, ce qui fait un huitième au total. Lorsqu'elle y renonce, comme les conquêts appartiennent alors en entier à la succession du mari, son Douaire est du quart en usufruit de la totalité dans laquelle on comprend tous les immeubles qui n'entrent point dans le Douaire ordinaire, et même ceux qui sont survenus au mari durant le mariage, par succession collatérale, quoique ces derniers soient réputés propres de communauté. La renonciation produit le même effet que s'il n'y avait point eu de communauté; et, dès-lors, il est naturel que le Douaire subsidiaire se prenne sur tous les immeubles exempts du Douaire ordinaire.

Lorsqu'il est survenu une séparation durant le mariage, les héritages acquis depuis, ne laissent pas d'être réputés conquêts, parceque la veuve qui aurait eu son Douaire subsidiaire sur ces héritages, s'il n'y avait pas eu de séparation, ne doit pas souffrir de cet événement quand elle n'y a point donné lieu par sa faute.

A défaut d'immeubles dans les biens du mari, le Douaire se prend sur le mobilier de la succession; et ce Douaire est alors du quart de la totalité de ce mobilier, non pas en usufruit, mais en propriété. Dans ce même mobilier sont compris généralement tous les biens meubles, corporels ou incorporels, et même ceux qui ont été stipulés propres; mais il faut, pour cela, que le mari n'ait laissé dans aucune autre coutume des immeubles sujets au Douaire subsidiaire, comme nous l'avons dit du Douaire ordinaire.

Au surplus, voici les différences qui existent entre le Douaire ordinaire et le Douaire subsidiaire, et celles qu'on remarque encore entre le Douaire subsidiaire pris sur des immeubles, et le même Douaire pris sur des meubles.

1°. Le Douaire ordinaire est de la moitié en usufruit, et le subsidiaire n'est que du quart.

2°. Les héritages affectés au Douaire ordinaire, le sont lors du mariage pour ceux qu'avait le mari dans ce temps-là, et ceux qui lui sont venus depuis en ligne ascendante, du jour qu'ils lui sont échus, ou qu'ils lui ont été donnés; au lieu que les héritages affectés au Douaire subsidiaire, ne le sont que du jour de l'ouverture de la succession du mari.

3°. Le Douaire ordinaire est chargé, pendant qu'on en exerce la jouissance, du paiement de la moitié des arrérages des rentes dont le mari était débiteur lors du mariage; et le subsidiaire pris sur les immeubles, du quart de celles qu'il devait à son décès.

4°. Le Douaire ordinaire et le Douaire subsidiaire pris sur les immeubles, ne contribuent en rien aux dettes mobilières, au lieu que ce dernier Douaire pris sur les meubles, est chargé de toutes les dettes, de quelque nature qu'elles soient; il l'est des rentes comme des dettes mobilières, des frais funéraires, d'inventaire, de vente, etc.; mais il ne l'est point des legs : ceux-ci se prennent sur les trois quarts qui appartiennent aux héritiers du mari dans le restant du mobilier.

Voyez l'art. 256 de la coutume de Bourbonnais. Ses dispositions au sujet du Douaire subsidiaire, sont différentes de celles de la coutume d'Orléans; mais celle-ci est plus conforme au droit commun, en ce qu'elle détermine le Douaire ordinaire de la même manière que celle de Paris, au lieu que celle de Bourbonnais l'accorde différemment.

[Voici une espèce qui s'est présentée au parlement de Paris en 1702, et qui a un rapport intime avec la matière que nous traitons ici.

Un homme passe un contrat de mariage à Paris, et donne sa femme du Douaire coutumier à prendre sur tous ses biens meubles et immeubles, présens et à venir, qu'il affecte et hypothèque au paiement de ce Douaire. Il n'avait, au jour de son mariage, aucun immeuble à Paris ni dans les pays coutumiers, et il ne lui en était échu aucun en ligne directe pendant le mariage; mais il avait quelques fonds en pays de droit écrit, et il avait des conquêts.

Dans cette espèce, il était difficile de fixer le Douaire coutumier, puisqu'il n'y avait aucuns biens situés en pays coutumier qui y fussent sujets, et que le pays de droit écrit ne reconnaît pas un pareil Douaire. Voici le parti que prit la première

Digitized by Google

chambre des enquêtes du parlement de Paris, par arrêt du 2 juin 1702.

Elle regarda cette convention de Douaire coutumier qui était à prendre sur tous les biens présens et à venir, comme un Douaire préfix de l'usufruit de la moitié de tous les biens; et elle adjugea à la veuve l'usufruit, 1°. de la moitié du bien situé en pays de droit écrit (la convention du Douaire revenait à l'augment de la dot qui a lieu en pays de droit écrit); 2°. du quart des meubles et conquêts situés dans la coutume de Paris. — Cette veuve avait, à la vérité, renoncé à la communauté, qui, par ce moyen, appartenait en entier à la succession du mari; mais on considéra sans doute que cette renonciation n'était pas dans le vœu des contractans; et l'on régla le Douaire sur les conquêts, comme s'il y avait eu acceptation, le tout conformément à la coutume de Paris. — Il n'y avait pas d'enfant.]

§. VII. *Douaire préfix.*

I. Ce Douaire, qu'on nomme autrement *Douaire conventionnel*, est celui que les parties substituent par leur contrat de mariage au Douaire coutumier, ou celui que le mari accorde à sa femme dans les provinces où il n'y a point de Douaire coutumier.

Comme il est permis de stipuler qu'il n'y aura point de Douaire, ainsi qu'on l'a établi ci-devant, il l'est à plus forte raison, de stipuler que celui que l'on veut accorder, sera différent de celui que donne la coutume, et de le faire consister dans ce que l'on juge à propos; mais observez que le Douaire étant de sa nature viager, par la raison qu'il est établi pour la subsistance de la veuve, le Douaire conventionnel est également présumé viager, si le contraire ne paraît au contrat de mariage. Ainsi, lorsqu'il est dit que le Douaire de la femme sera de tant de rente, cela s'entend d'une rente viagère. Lors même qu'il est dit simplement qu'elle aura une certaine somme pour son Douaire, cela ne s'entend non plus que de l'usufruit de cette somme, à moins que par l'état et la qualité des parties on ne doive présumer que c'est de pareille somme que son Douaire sera chaque année; c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 20 février 1680, qu'on trouve au Journal des audiences. — Dans l'espèce de cet arrêt, quoiqu'il fût dit que le Douaire de la femme serait d'une telle somme *une fois payée*, on jugea néanmoins que cette explication n'était pas suffisante; que l'expression, *une fois payée*, devait être regardée comme ayant été mise pour faire entendre que le Douaire n'était pas d'une pareille somme chaque année; mais que cette somme serait une fois payée, pour servir de capital au Douaire accordé.

Il y a pourtant quelques coutumes, comme celles d'Auxerre et de Sens, où le Douaire constitue en choses mobilières, est réputé accordé en propriété. Mais si le mari, qui fixe le Douaire en choses mobilières, demeurait dans une coutume où un Douaire pareil n'est que viager, et que la femme, lors du contrat, fût domiciliée sous une autre coutume, qui, comme celle de Sens, l'accorde en propriété, par laquelle de ces deux coutumes faudrait-il se décider? Un arrêt du 28 mai 1633, rapporté au Journal des audiences, a jugé que c'était par celle où demeurait la femme lors du contrat; mais Pothier observe avec fondement, que cet arrêt est contre les principes, et que c'est par la coutume du domicile du mari, qui devient celui de la femme, qu'une semblable question doit se décider. [[*V. Conventions matrimoniales*, §. 2.]]

II. Dans les coutumes, comme celle de la Marche, où l'on ne connaît d'autre Douaire que celui dont les parties conviennent par leur contrat de mariage, s'il était dit, par exemple, sans autre explication, que la femme aura pour Douaire tel domaine ou telle somme, ce Douaire serait-il en propriété ou simplement en usufruit? La raison de douter se tire de ce que dans ces sortes de coutumes, le Douaire n'est point, comme dans le reste du pays coutumier, une chose qui soit due de plein droit à la femme sur les biens de son mari, et que dès-lors ce Douaire doit être regardé comme une donation ou gain de survie, qui emporte la propriété des choses données. Nous dirons néanmoins qu'un Douaire ainsi conçu ne doit s'entendre que d'un Douaire en usufruit. Le mari, en accordant un avantage pareil, ne l'a accordé qu'à titre de Douaire; et, comme le Douaire, suivant le droit commun des pays où il est adopté, n'est qu'un avantage viager en faveur de la femme, le mari est présumé ne l'avoir point accordé avec plus de faveur qu'il n'en a naturellement. Il pouvait, à la vérité, donner les choses en propriété; mais, ne les ayant données que comme Douaire, il ne les a données que comme le Douaire se donne dans les pays où il est introduit, c'est-à-dire, en usufruit, tant pour le fonds que pour le mobilier, lorsqu'on ne s'en est point autrement explique.

III. Quoiqu'en général le Douaire préfix dépende entièrement de la volonté des parties contractantes, et qu'il soit libre de le déterminer comme on le juge à propos, soit pour la quotité, soit pour la nature des biens qu'on y assujettit, il y a néanmoins des personnes en qui cette liberté est gênée.

[Ce sont, 1°. ceux qui, ayant des enfans d'un premier lit, passent à un second mariage; 2°. ceux dont les biens sont régis par les coutumes qui ont limité le Douaire préfix.

IV. Lorsqu'un père, en se mariant, constitue à sa seconde femme un Douaire préfix qui excède le coutumier, il faut en distraire l'excédant, et le réduire à la part de celui des enfans du premier lit qui prend le moins dans la succession paternelle.

C'est ce qu'a jugé un arrêt du 21 juillet 1595, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée d'Abbeville, au sujet du Douaire préfix accordé par un sieur de Boistel à Catherine de Noyelle, sa seconde femme. Il est rapporte par Duchesne sur l'art. 34 de la coutume de Ponthieu. — Il y a encore un arrêt du 18 juillet 1615, rendu en la quatrième

Digitized by Google

chambre des enquêtes, après un *consultis classibus*, « par lequel (dit Renusson, chap. 11) la cour, en infirmant la sentence du bailli d'Orléans, ordonna que la veuve prendrait, au lieu des avantages qui lui avaient été faits par son contrat de mariage, telle et semblable part des biens de son mari, qu'il en pourrait appartenir à celui des enfans qui en aurait le moins; et en outre qu'elle prendrait son Douaire préfix, jusqu'à concurrence du coutumier seulement ». — La même chose a été jugée par un autre arrêt du 10 juillet 1656, qui est inséré dans le Journal des audiences.]

[[*V.* le Code Napoléon, art. 1098, et *Nôtes.*]]

V. Il y a des coutumes telles que celles du Maine, de Normandie, de Tours, de Poitou, etc. qui ne permettent pas d'accorder à la femme de Douaire plus fort que le Douaire coutumier.

[Cette disposition a occasionné dans la première de ces coutumes, une difficulté remarquable.

Par le contrat de mariage passé entre Hardouin Le Bondais et Françoise du Raget, il avait été convenu que si la femme survivait sans enfans, elle aurait, outre le Douaire coutumier, deux cents livres de rente viagère sur tous les biens du mari, *pour avoir plus de moyen d'entretenir son état et sa condition noble.* — Ce cas arrivé, les héritiers du mari soutinrent, d'après l'art. 316 de la coutume du Maine, que la veuve ne pouvait avoir pour Douaire plus du tiers des immeubles délaissés par le defunt, et qu'elle ne pouvait prétendre, en outre, la rente viagère de 200 livres, soit parceque, par l'art. 323, la femme ne peut avoir don et Douaire sur les biens de son mari, soit parcequ'aux termes de l'art. 338, on ne peut donner de ses immeubles en usufruit plus qu'en proprieté. — Par sentence de la sénéchaussée du Mans, la veuve a été réduite à la jouissance du tiers des immeubles dont son mari était propriétaire au moment de son décès. Mais, sur l'appel, arrêt est intervenu le 7 mai 1633, par lequel l'appellation et ce ont été mis au néant, émandant, les héritiers du mari ont été condamnés à payer à la veuve la rente viagère de 200 livres, à prendre sur les immeubles qui appartenaient au defunt lorsqu'il s'était marié, outre et par-dessus le don mutuel fait pendant le mariage, si mieux n'aimaient les héritiers lui délaisser le tiers de ces mêmes immeubles. — La cour, dit Renusson, chap. 4, n. 7, « a apparemment fondé son jugement et arrêt sur ce que la coutume du Maine, par l'art. 332, permet à toutes personnes de donner la tierce partie de son héritage propre et tous ses acquêts et meubles, et ainsi le mari avait pu donner, par son contrat de mariage à sa future épouse, le tiers de ses immeubles; et que la rente viagère de 200 livres que le mari lui avait donnée par son contrat de mariage, n'excédait pas la valeur du tiers de ses immeubles en proprieté : c'est pourquoi la cour, par son arrêt, donna l'alternative, et adjugea à la veuve la rente viagère de 200 livres, si mieux n'aimaient les héritiers du mari délaisser en propriété à la veuve le tiers des propres immeubles et rentes du mari ».

Lorsque le contrat de mariage qui porte le Douaire préfix au-delà du coutumier, a été passé dans une coutume qui permet ces sortes de stipulations, la femme peut-elle prétendre ce Douaire en entier, sur les biens situés dans les coutumes de Normandie ou du Maine? Non, parceque le statut qui régle le Douaire, est pnrement réel; et c'est ainsi que l'a jugé un arrêt qui se trouve au Jounal des audiences sous la date du 28 août 1677. Il en existe encore deux semblables, l'un entre Edme du Ménage de La Getaye et dame Charlotte le Febvre, veuve de Jacques du Ménage; l'autre du 30 décembre 1695. Ils sont rapportés tous les deux dans les mémoires de Froland sur les Statuts, tome 1, chap. 9.]

Mais, par la même raison, le Douaire préfix n'est réductible que sur les immeubles situés dans ces coutumes particulières; de sorte que si un habitant de la Normandie, dont la coutume ne donne pour Douaire que le tiers en usufruit, avait accordé à sa femme l'usufruit de la moitié de tous ses biens ou même des deux tiers, la veuve ne souffrirait de reduction que sur les immeubles dépendans de la coutume de Normandie; et elle aurait l'usufruit de la moitié ou des deux tiers de ceux qui seraient situés sons des coutumes qui n'ordonnent point une pareille reduction.

Si c'était du mobilier qui fit l'objet d'un Douaire préfix, la réduction de ce Douaire dépendrait du domicile du mari lors du contrat de mariage.

Il n'en est pas de même, dit Pothier, lorsque le Douaire conventionnel est accordé sur les biens que le mari laissera lors de son décès; dans ce cas, les biens meubles et les rentes qu'il laisse, ne commencent qu'alors à former le Douaire, parcequ'il était incertain s'il les laisserait dans sa succession; de sorte que si ce mari, qui était domicilié dans la Normandie lors de son contrat de mariage, a depuis été demeurer à Orléans, et qu'il y soit mort, son mobilier et ses rentes qui se regisaient par la coutume du domicile où il a contracté, ne sont plus sujets à la réduction portée par la loi de ce premier domicile.

Nous trouvons beaucoup de difficulté dans ce sentiment; car il n'est pas exact de dire avec l'auteur, que dans l'espèce proposée les meubles et les rentes ne commencent à former le Douaire qu'au temps de la mort du mari; ce Douaire était déjà formé par le contrat, relativement aux meubles et aux rentes qu'il laisserait à son décès : ce décès n'a fait, en quelque sorte, que donner la vie à la matière et à la forme déjà préexistantes. Il résulterait, d'ailleurs, de cette opinion, un inconvénient qui ferait que par-là le mari pourrait indirectement avantager sa femme plus que la loi ne le permet, en assujettissant de lui-même à un plus fort Douaire par un simple changement de domicile, des choses qu'il n'a pu y assujettir lors du contrat.

Pour garder tous les tempéramens de l'équité,

Digitized by Google

en supposant donc qu'un habitant de Normandie eût constitué pour Douaire à sa femme l'usufruit de la moitié de tous les biens dont il se trouverait saisi lors de son décès, et qu'au temps de sa mort il se fût trouvé domicilié dans une coutume où le Douaire conventionnel est aussi libre pour la quotité que pour le reste, d'abord quant au mobilier nous le réglerions suivant le dernier domicile, parceque ce qui est purement mobilier suit toujours la personne du mari; à l'égard des immeubles, nous distinguerions entre les immeubles incorporels, tels que les rentes constituées et les immeubles réels, tels que les fonds de terre. Nous rapporterions les rentes existantes lors du contrat de mariage, à la loi du domicile qu'avait le mari dans ce temps-là; et les rentes créées depuis, à celle du domicile lors de la mort. Pour ce qui est des immeubles réels, que le mari les eût déjà en propriété lors du contrat, ou qu'il les eût acquis depuis, nous les considérerions toujours suivant la loi du lieu où ils seraient situés.

Observez que lorsqu'il y a lieu à une réduction du Douaire conventionnel, la partie qu'en retranche une coutume, ne se prend point sur les autres biens du mari; autrement la réduction deviendrait illusoire. Mais si ce Douaire consistait dans une forte rente viagère ou dans une somme d'argent en propriété, quoique le mari fût domicilié dans une coutume de réduction, s'il laissait des héritages situés dans des coutumes de pleine liberté, ces héritages répondraient de la totalité du Douaire en vertu de l'hypotheque que la stipulation y aurait imprimée; parceque le statut qui restreint le Douaire conventionnel à la valeur du Douaire coutumier, est un statut réel qui ne porte que sur les choses, et qui n'empêche point les personnes de disposer des héritages qu'elles ont dans d'autres provinces où la liberté est entière. C'est pourquoi, dit fort bien Pothier, quelque considerable que soit la rente ou la somme d'argent qu'un homme domicilié au Mans a constituée pour Douaire à sa femme, s'il laisse des héritages situés sous la coutume d'Orléans, ses héritiers ne pourront se dispenser d'acquitter le Douaire qu'en abandonnant à la veuve la propriété de tous ses héritages, et en lui laissant le Douaire coutumier sur ceux qui sont régis par la coutume du Maine.

[C'est ce qu'a décidé un arrêt du 30 septembre 1589, prononcé le 7 décembre 1594, en la cinquième chambre des enquêtes. Il est rapporté par Louet, lettre D, §. 44.]

Il en serait ainsi dans le cas où un habitant de l'Orléannais, qui, ayant des biens dans le Maine, constituerait à sa femme un Douaire plus fort que celui que règle la coutume du Maine: l'héritier en serait quitte également par l'abandon des héritages situés dans l'Orléannais, ainsi que du mobilier et de tous les autres biens qui suivraient le domicile du mari, et en laissant à la veuve le Douaire coutumier, tel qu'il est réglé dans le Maine.

Mais que doit-on penser lorsqu'il n'y a dans les coutumes de réduction aucun Douaire coutumier, c'est-à-dire, aucun immeuble sur lequel le Douaire coutumier puisse être assigné? Le Douaire préfix est-il alors réductible?

Il faut répondre que non; car, dès qu'il n'y a point de Douaire coutumier, comment voudrait-on que le Douaire préfix fût réductible à ce Douaire qui n'existe pas? Comme l'observe fort bien l'auteur que nous venons de citer, le néant n'est susceptible d'aucun degré de comparaison, pour savoir si on l'excède ou non: aussi la coutume d'Auxerre dit-elle, art. 212, *que si le mari n'a d'héritage propre* sur lequel puisse se prendre le Douaire coutumier, *le préfix aura lieu, de quelque valeur qu'il soit.*

Observez néanmoins, que le Douaire préfix ne laisserait point, en ce cas, d'être réductible à la valeur de ce que le mari pent donner par contrat à sa femme, si, comme dans la coutume de Tours, elle recevait plus que la moitié du mobilier que peut lui donner le mari suivant l'art. 227 de cette coutume; autrement, s'il était permis de lui donner à titre de Douaire ce qu'on ne peut lui donner autrement, la loi deviendrait illusoire.

Observez aussi que si le Douaire conventionnel était accordé à la femme par un tiers autre que le mari ou l'un de ses ascendans, il n'y aurait plus de réduction à objecter: c'est ce que font remarquer les commentateurs de la coutume d'Anjou.

[Et il en a été ainsi jugé dans la coutume du Maine, par arrêt du premier juillet 1629, en faveur de la veuve du sieur de Cofrêne, contre le frère de son mari, qui s'était obligé solidairement avec lui à un Douaire excédant le taux de la loi municipale. Cet arrêt est rapporté par Olivier de Saint-Vaast, en son Commentaire sur la coutume du Maine, art. 513.]

Observez encore que le Douaire dont il s'agit n'est réductible, dans la coutume de Normandie, qu'en faveur des héritiers: il ne l'est pas en faveur des créanciers postérieurs au mariage, parceque ce n'est point pour eux, mais pour les héritiers, que l'art. 371 de cette coutume ordonne la réduction: c'est ce qui a été jugé le 21 mars 1767, par un arrêt rapporté dans la collection de jurisprudence, pour le sieur Mitiffeu, contre les créanciers de la succession de son père: la décision aurait sans doute été la même, s'il eût été question de la veuve douairière, parceque pour elle les raisons sont les mêmes que pour l'enfant.

[On a cependant remarqué, lors de cet arrêt, que le barreau était fort partagé sur la question. Plusieurs jurisconsultes étaient d'avis que les créanciers du mari, postérieurs à la célébration du mariage, pouvaient, comme ceux dont les créances avaient précédé cette cérémonie, demander la réduction d'un Douaire excessif; et ils citaient, d'après Froland, *des Statuts*, pag. 551, « un arrêt du 7 septembre 1711, rendu contre Angélique de Crevant, qui demandait, sur la terre de Rochet, située en Touraine où son père avait son domicile, un

Digitized by Google

Douaire préfix de 4,000 livres, comme propre, en vertu de la soumission à la coutume de Paris, par lequel arrêt les deux tiers de cette terre furent déclarés libres et affranchis de ce Douaire ».]

[[Aujourd'hui, le Douaire conventionnel, le seul qui soit admis par le Code Napoléon, ne peut excéder le quart en propriété et le quart en usufruit, ou la moitié en usufruit de tous les biens du mari qui laisse des enfans. Si le mari ne laisse pas d'enfans, le Douaire conventionnel peut comprendre en propriété tout ce qui est dispouible en faveur d'un étranger, et l'usufruit de la totalité de la portion réservée aux héritiers légitimes. *V.* le Code Napoléon, art. 1094.

Sous l'empire de la loi du 17 nivose an 2, le Douaire conventionnel était toujours restreint ou réductible à l'usufruit de la moitié des biens du mari qui laissait des enfans; mais, hors ce cas, il n'avait point d'autres bornes que la volonté des parties contractantes.]]

VI. Une question qui nous reste ici à examiner, est de savoir si, lorsqu'il y a un Douaire conventionnel, la veuve peut y renoncer pour prendre le Douaire coutumier?

L'art. 261 de la coutume de Paris, lui refuse formellement cette faculté : *Femme douée de Douaire préfix, ne peut* (y est-il dit) *demander Douaire coutumier, s'il ne lui est permis par son contrat de mariage.* Les coutumes d'Orléans, de Blois et un très grand nombre d'autres renferment une pareille disposition.

La femme au contraire a cette faculté dans les coutumes de Meaux, de Troyes, du Grand-Perche, et quelques autres, à moins que, par le contrat, elle n'ait expressement renoncé au Douaire coutumier. Dans ces coutumes et dans celles où le Douaire coutumier n'est pas déféré au défaut du Douaire conventionnel, on décide formellement que la veuve a le choix de l'un ou de l'autre.

[Mais cette variation des coutumes donne lieu à une question assez difficile: c'est de savoir quelle est, dans le cas où il y a des biens situés en différentes contrées, la loi qui doit décider si la veuve a le droit d'option, ou si elle ne l'a pas.]

Pothier prétend que l'on doit se régler, à cet égard, par les différentes coutumes des lieux où les biens sont situés, en observant que si l'une de ces coutumes conserve à la femme qui a un Douaire conventionnel, le choix du coutumier, et que les autres l'en excluent, la femme peut opter le Douaire que lui défère celle qui lui en donne la faculté, sans être obligée, pour avoir ce Douaire coutumier, d'abandonner la totalité de son Douaire conventionnel; il lui suffit d'en abandonner une portion suivant que ce qui est sujet au Douaire coutumier, dans cette coutume, est en proportion à la totalité de ce qui y est sujet dans toutes celles où le mari a des biens, et c'est ce qu'explique parfaitement l'auteur cité par l'exemple que voici : — En supposant (dit-il) qu'un Parisien ait des biens sujets au Douaire coutumier dans les coutumes de Paris, d'Orléans et de Meaux, pour 20,000 livres; que ceux de Meaux, pour la portion sujette au Douaire, soient de 5,000 livres, qui font le quart de la totalité, la femme en prenant le Douaire coutumier dans la coutume de Meaux, ne renoncera au Douaire conventionnel que pour un quart, de sorte que, si ce Douaire conventionnel est de 800 livres de rente viagère, il sera réduit à 600 livres.

[Mais cette décision est-elle bien exacte, et n'est-elle pas trop générale? Pour simplifier la difficulté, distinguons deux cas. — Ou la loi du domicile matrimonial refuse l'option du Douaire coutumier, quand il y en a un préfix, et la loi de la situation la donne; — Ou au contraire la loi de la situation refuse cette option, et la loi du domicile matrimonial l'accorde.

Au premier cas, Brodeau, lettre D, §. 44, prétend que la femme peut prendre son Douaire coutumier sur les biens situés dans la coutume qui lui en donne l'option, quoique par celle du lieu où le mariage a été contracté, elle soit forcée de s'en tenir au Douaire préfix. « Il n'en faut point, dit-il, une raison plus pertinente que la réalité des coutumes, qui tiennent les héritages assis en leurs ressorts ». — Il ajoute même, que « par cette raison, il a été jugé par arrêt prononcé le 12 juin 1574, qu'une femme mariée à Paris, ayant par son contrat de mariage un Douaire préfix, et le mari ayant des héritages propres sis en la coutume de Melun, qui permet à la femme d'opter Douaire coutumier, encore qu'elle ait le préfix, était bien recevable à prendre la moitié du Douaire préfix et moitié du coutumier ».

Mais cet arrêt n'est pas à beaucoup près tel que le rapporte Brodeau. On en a fait la recherche vers le commencement de ce siècle : il s'est trouvé le premier de ceux qui ont été prononcés le 12 juin 1574; et qu'y a-t-on vu? « il porte (dit Froland, *Mémoires sur les statuts*, tom. 1, chap. 12,) que les enfans auront, non pas moitié du Douaire coutumier et moitié du Douaire préfix, mais qu'ils jouiront de la moitié des héritages de la coutume de Melun; et que sur les restes des biens du père, ils auront ce qui pourra rester dû des 100 livres de rente de Douaire préfix; c'est-à-dire que si les héritages sis à Melun montent à 50 livres, ils prendront 50 livres; que s'ils montent à moins, ils prendront moins, et que le restant se prendra sur les biens du père ». — Ainsi, outre que l'arrêt n'est pas conforme au récit qu'en fait Brodeau, il paraît avoir adjugé plus que n'accordent les coutumes, qui donnent l'option entre les deux Douaires, et plus qu'il n'était demandé au procès. C'est la remarque de l'auteur de la treizième consultation insérée dans le tome 2 des œuvres de Duplessis.

Cet arrêt rétabli dans sa véritable prononciation, a donc admis une veuve mariée à Paris avec un Douaire préfix, non pas à opter le coutumier, mais littéralement à jouir des biens sujets au Douaire coutumier en déduction du Douaire préfix; ce qui revient bien, quant à l'effet, aux calculs faits par

Digitized by Google

Pothier, dans l'exemple rapporté ci-dessus, mais ne décide pas notre question.

Et remarquez qu'il n'aurait pas pu la juger de la manière que le prétend Brodeau, sans aller contre la disposition d'un autre arrêt du 21 juillet 1500, qui avait décidé, suivant Charondas (*Réponses de droit français*, liv. 3, rep. 78), « qu'une veuve mariée à Paris, ne pouvait demander d'autre Douaire que le préfix, tant sur les biens assis à Paris, qu'en autres provinces; et qu'*en la forme de constitution de Douaire*, il faut suivre la loi du pays où le mariage a été contracté ».

C'est aussi ce que soutient Froland, à l'endroit cité: il y traite la question parfaitement.

Boullenois (sur Rodemburg, tom. 2, pag. 253) la résout de même, mais en peu de mots: — « Il n'y a un Douaire préfix (dit-il), que parcequ'il y a une convention. Nous avons dit ailleurs que la loi du domicile matrimonial décidait des conventions du mariage, et servait à les interpréter. Or, la loi du domicile matrimonial défendant l'option du Douaire coutumier, quand il y en a un préfix, et cette loi servant d'interprétation à la convention et à la volonté des parties, la femme, en stipulant un Douaire préfix, consomme son option à l'instant même du contrat, et elle est censée avoir renoncé au Douaire coutumier. Cette renonciation la suit par-tout, et il n'est pas possible qu'elle puisse opter un Douaire coutumier auquel elle a renoncé de convention faite entre les deux familles ».

Au second cas, la question offre plus de difficultés, et il y a des raisons assez spécieuses pour y adapter la même décision que dans le premier. — En effet, la loi du domicile matrimonial donnant l'option, c'est une faculté personnelle qu'elle accorde à la veuve: tant que celle-ci n'a point usé de cette faculté, et qu'elle n'a point fait d'option, elle n'a ni l'un ni l'autre Douaire, et ni l'un ni l'autre ne lui sont définitivement accordés. Elle n'a qu'un droit à l'un ou à l'autre; et quand par la suite, exerçant la faculte que la loi matrimoniale lui donne, elle s'en tient au Douaire coutumier, il est vrai de dire qu'elle ne paraît plus dans les autres coutumes qu'avec la simple créance du Douaire coutumier même.

Ainsi, ce n'est que par l'option que fait la femme, qu'elle acquiert l'un à l'exclusion de l'antre. Or dans quel cas une coutume refuse-t-elle le Douaire coutumier, lorsqu'il y en a un préfix? C'est dans le cas où ce Douaire est arrêté définitivement et privativement à un autre.

Autrement il faudrait dire que la faculté d'opter n'opérerait que dans le domicile; et qu'en optant le coutumier, cette option serait tellement renfermée dans le territoire de la loi domiciliaire, que la femme n'aurait ni Douaire préfix ni Douaire coutumier dans les autres coutumes qui ne donneraient pas d'option; elle n'aurait pas le Douaire préfix, puisqu'elle a opté le coutumier; elle n'aurait pas le Douaire coutumier, puisqu'elle en a stipulé un préfix; ce qui paraît répugner, et ferait que la femme ne pourrait pas user d'une faculté que la loi de son domicile lui accorde.

Mais à cela, dit Boullenois (sur Rodemburg, tome 2, page 256), « on repond que le Douaire coutumier est un droit réel qui dépend de la loi de la situation, et que la femme ne peut le prétendre que conformément à cette loi. — Ainsi, cette loi n'admettant pas un Douaire coutumier, lorsqu'il y en a un préfix et convenu, la femme se trouve nécessairement exclue du Douaire coutumier dans ces coutumes, à l'instant même que, par le contrat de mariage, on a stipulé un Douaire préfix.—En sorte que, si elle opte le coutumier, elle peut y être admise dans la coutume de son domicile qui lui donne l'option et dans les coutumes semblables, mais non pas dans celles qui la refusent, parceque la faculté personnelle que lui donne son domicile, vient échouer contre la disposition réelle prohibitive de la loi de la situation; au moyen de quoi, elle doit bien réfléchir sur la différente situation des biens, pour connaître l'utilité qu'elle peut retirer de l'une ou l'autre option: car en optant le coutumier, elle se trouve réduite à ne prétendre de Douaire que sur les biens situés en coutume d'option, et elle s'exclut d'elle-même de prendre aucun Douaire dans les autres qui sont négatives prohibitives ».

Ainsi, dans le premier des deux cas proposés, la loi du domicile matrimonial doit l'emporter sur celle de la situation, parceque, dans cette hypothèse, il y a une négation de faculté personnelle, et que cette négation affectant la personne, la suit par-tout, même dans les coutumes qui admettent la faculté. — Dans le second cas au contraire, la loi du domicile doit céder à la loi de la situation, parceque c'est celle-ci qui est prohibitive et négative de toute faculté d'option, quand il y a un Douaire stipulé préfix; et que cette stipulation fait nécessairement tomber le Douaire coutumier dans cette coutume.]

VII. Nous avons dit que les rentes constituées conservaient, quant au Douaire, la qualité qu'elles avaient dans le lieu du domicile du mari lors du contrat. Mais si depuis, le mari avait transféré sa demeure dans une autre coutume où les rentes ont une autre qualité que dans le lieu du premier domicile, celles qui lui seraient survenues dans la succession de quelqu'un de ses ascendans, se régleraient-elles par la loi du premier domicile ou par la loi du second, pour donner ou refuser à la femme qui a un Douaire conventionnel, le choix du Douaire coutumier sur ces mêmes rentes?

Pothier dit qu'elles se régleraient suivant la loi du domicile qu'avait le mari lorsque ces rentes lui sont échues; mais nous pensons que cette décision n'est exacte que dans les coutumes telles que celles du Bourbonnais et du Berry, où le Douaire ne se prend que sur les héritages que le mari laisse à son décès; et que, dans celles où il est dû sur ceux que le mari avait lors du contrat, et sur ceux qui lui sont échus depuis en ligne directe, il faut distinguer si les rentes auxquelles il a succédé depuis son chan-

Digitized by Google

gement de premier domicile, existaient déjà lors du mariage dans les biens de ceux dont il est devenu héritier, ou si elles n'y sont entrées que depuis ce temps-là. Au premier cas, ces rentes doivent se rapporter, pour leur qualité, au temps du contrat, parceque la femme avait une juste espérance qu'elles feraient partie de son Douaire; espérance dont il ne devait pas être au pouvoir de son mari de la frustrer par un changement de domicile. Si au contraire ces rentes n'étaient pas encore dans le patrimoine des ascendans du mari lors du contrat, il paraît alors naturel qu'elles n'aient, quant au Douaire, dans la succession de ce dernier, d'autre qualité que celle que leur donnait la loi du pays où il demeurait lorsqu'il y a succédé, parceque ce n'est que dans ce temps-là qu'elles ont reçu l'empreinte effective du Douaire.

Quand il est dit, par le coutrat de mariage, que la femme aura pour Douaire une rente de tant, ou le Douaire coutumier, afin d'obvier par-là au refus que font certaines coutumes, d'accorder à la femme le choix de l'un ou de l'autre, à moins que cela ne soit stipulé, on demande si ce n'est pas à l'héritier qu'il appartient de donner à la femme l'un ou l'autre de ces Douaires? La difficulté vient de ce qu'un débiteur qui de deux choses n'a que l'une à payer, est maître de se libérer par celle qui lui est le moins à charge. Mais, dans le cas dont il s'agit, il est visible que l'alternative est entièrement en faveur de la femme, soit par rapport à la stipulation en elle-même, soit parcequ'il est de principe qu'une personne qui a deux différens droits incompatibles à exercer, a le choix de celui qui est le plus avantageux.

Quant aux suites de son option, et au délai dans lequel elle doit la faire, toutes les coutumes ne sont pas uniformes: les unes, comme celles de Reims, d'Amiens, du Grand-Perche, de Bar, etc., donnent à la veuve quarante jours pour opter; celles de Laon et de Châlons donnent trois mois aux femmes nobles; celle de Sédan n'accorde qu'un mois aux unes et aux autres; et dans cette variété de coutumes, on doit, suivant la distinction faite ci-dessus, tantôt suivre celle du domicile matrimonial, et tantôt celle qui regit les choses sujettes au Douaire coutumier. Du reste, il est certain que dans ces coutumes le délai est fatal; et que si la femme n'a point opté, elle est obligée de s'en tenir au Douaire conventionnel. — C'est ce que porte formellement l'art. 144 de la coutume de Reims: *Et lesdits quarante jours passés, elle sera tenue de prendre le Douaire préfix.*

Mais ne peut-on point dire, en ce cas, qu'il est au choix de l'héritier de payer l'un ou l'autre de ces Douaires? Non: puisque la femme est obligée de s'en tenir au Douaire préfix, on ne doit pas aggraver cette obligation pénale en la forçant de prendre le Douaire coutumier qui ne vaudrait peut-être pas le Douaire conventionnel: la femme, par son silence, est seulement présumée avoir opté ce dernier, comme lui étant le plus avantageux.

Lorsque le Douaire dépend de quelque coutume qui ne fixe aucun delai pour l'option, c'est au juge à le déterminer sur la demande de l'héritier; et lorsque la veuve a une fois opté, elle ne peut plus varier. Mais on demande si la veuve mineure ne peut pas révenir contre son option?

Renusson, qui est pour la négative, cite à l'appui de son sentiment un arrêt du 31 mars 1637, rapporté dans les mémoires d'Auzanet sur l'art. 261 de la coutume de Paris. Il paraît qu'en effet la femme mineure étant habile à contracter le mariage, doit être aussi regardée comme habile à faire une option qui est la suite de ce contrat. Pothier, néanmoins, rejette l'opinion de Renusson, et cite à cet effet une loi romaine qui porte expressément qu'un mineur est restituable contre un mauvais choix par lui fait. Mais on peut tenir un certain milieu entre ces deux opinions, et décider que la veuve mineure n'est pas restituable dans un cas pareil, purement à cause de sa minorité, comme elle le serait pour tout autre intérêt particulier; mais qu'elle l'est lorsqu'il y a lesion considérable, et que cette lesion est prouvée; car la mineure, comme douairière, étant habile à opter, on ne peut, dès-lors, la regarder comme restituable contre son option, qu'autant que son choix lui a été très désavantageux; autrement, les héritiers du mari ne seraient jamais tranquilles après cette option.

Au surplus, la coutume de Laon (tit. 4, art. 34) porte que la femme qui a fait son choix, ne peut plus varier, *encore qu'elle fût mineure, pourvu qu'elle ait fait l'option par l'avis de deux de ses prochains parens, ou amis à défaut de parens.*

VIII. Ici se présente la question de savoir si le mari s'étant réservé par le contrat d'augmenter le Douaire de sa femme au cas qu'il le jugerait à propos durant le mariage, cette clause pourrait valablement recevoir son exécution dans les coutumes où il n'est point permis aux conjoints de s'avantager directement ni indirectement?

On peut faire valoir de puissans moyens pour établir la négative. Mais Basnage, sur l'art. 374 de la coutume de Normandie, qui défend tous les avantages directs et indirects entre conjoints, rapporte un arrêt du 16 juillet 1647, par lequel il a été jugé qu'une clause pareille était valable; et nous inclinons pour cette décision, en partant du principe que le Douaire constitué à une femme dans un pays où il est dû, doit être moins regardé comme un avantage, quoiqu'augmenté par la suite, que comme l'acquittement d'une dette naturelle.

IX. Le Douaire constitue à la femme ne se confond point avec les autres avantages que peut lui faire le mari durant le mariage, dans les coutumes où il a quelque faculté à cet égard; c'est ce qui a été formellement jugé dans la coutume d'Amiens, à l'occasion d'un legs fait par le mari à sa femme de ses meubles et de ses acquêts. Les héritiers soutenaient que la femme ne pouvait avoir en même temps et le Douaire et le legs; et leur prétention avait même été adoptée par une sentence du bailli d'Amiens;

Digitized by Google

mais cette sentence fut réformée en faveur de la femme par un arrêt du 30 janvier 1651, qu'on trouve au Journal des audiences.

Lorsque, dans la coutume de Paris, il y a eu un don mutuel entre le mari et la femme, la jurisprudence observée en pareil cas, est que si le mari n'a point laissé de propres de communauté, la femme prend son Douaire préfix sur le prix des conquêts qu'elle peut faire vendre, à la charge de son don mutuel en usufruit sa vie durant. C'est ainsi que s'en expliquent les annotateurs de Renusson, sur l'exécution de l'art. 257 de la coutume de Paris.

X. Le Douaire préfix n'est pas plus sujet à insinuation que le Douaire coutumier dans les pays où le Douaire de cette dernière espèce a lieu.

[Cela est si vrai, que la déclaration du 25 juin 1729 et l'art. 21 de l'ordonnance de février 1731 en dispensent même le don mobil, l'augment, le contr'augment, l'agencement, le droit de rétention, le gain de nôces et de survie, dans les pays où ils sont en usage, à quelque somme ou valeur qu'ils puissent monter. On comprend aisément que le Douaire ne doit pas être de pire condition. *V.* ci-devant, §. I.]

§. VIII. *Hypothèque du Douaire.*

I. Il faut distinguer entre le Douaire coutumier et le Douaire conventionnel : si, dans le contrat de mariage, il n'est parlé d'aucun Douaire, le Douaire coutumier n'a d'hypothèque que du jour de la célébration du mariage, parceque c'est le mariage seul alors qui la donne; à l'égard du Douaire conventionnel, il est clair qu'il a son hypothèque du jour du contrat.

[[Là-dessus, deux observations.

1°. Le Douaire coutumier n'est pas une créance, et conséquemment ne peut pas avoir d'hypothèque : c'est pour la veuve un droit d'usufruit; et tout le monde sait qu'un usufruitier, même éventuel, n'a pas d'hypothèque, mais l'expectative d'un droit réel et foncier sur les biens qui doivent supporter son usufruit. — Il en est de même du Douaire conventionnel, lorsqu'il consiste pareillement dans un droit d'usufruit. *V. Gains nuptiaux*, §. 7.

2°. Lorsque le Douaire conventionnel consiste dans une rente à payer à la veuve, ou dans une somme qu'elle doit avoir en propriété ou en usufruit, il a véritablement une hypothèque; mais cette hypothèque n'a plus d'effet que du jour de la célébration du mariage. *V.* le Code Napoléon, art. 2135, n. 2.]]

II. L'hypothèque du douaire a le privilége de n'être purgée par un decret forcé, quand même le roi y aurait un interêt, suivant l'édit du mois de juillet 1693, ni par une mise de contrat au bureau des hypothèques établi par l'édit du mois de juin 1771; il faudrait, pour qu'il y eût lieu à l'extinction des hypothèques, que le Douaire fût ouvert dans le temps qu'on cherche à le purger; de sorte que les acquéreurs des héritages sujets ou hypothéqués au Douaire, ne peuvent jamais prescrire contre la femme qui n'a pas consenti à la vente, ni contre les enfans tant que le père est vivant; mais aussitôt qu'il est ouvert, les hypothèques peuvent se perdre lorsque les acquéreurs ont mis leur contrat d'acquisition au bureau, et qu'ils ont obtenu des lettres de ratification, quand même les enfans seraient encore mineurs : c'est ce qui résulte des dispositions de l'art. 32 de l'édit de 1771, dont nous venons de parler. Et comme, aux termes de l'art. 17 du même édit, les hypothèques que peut avoir la femme pour sa dot et ses conventions matrimoniales, peuvent se perdre faute d'opposition de sa part, même du vivant de son mari, on peut en induire que lorsque le Douaire de la femme est purement conventionnel dans les coutumes où elle n'en a aucun de plein droit, ce Douaire est susceptible d'extinction comme ses autres droits, faute par elle d'avoir formé son opposition; car ce Douaire pour elle n'est autre chose qu'un gain de survie dont, aux termes de l'article cité, l'hypothèque pourrait se perdre.

[[Nous reviendrons sur cette doctrine à l'article *Lettres de ratification*.

Au surplus, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, l'hypothèque du Douaire, même non ouvert, périssait faute d'inscription prise avant la transcription du contrat du tiers acquéreur.

Sous le Code Napoléon, la transcription du contrat du tiers acquéreur ne purge l'hypothèque non inscrite du Douaire conventionnel, que dans le cas où les formalités prescrites par les art. 2193, 2194 et 2195 de ce Code, ont été exactement remplies. *V. Hypothèque*, et le plaidoyer, ainsi que l'arrêt du 25 thermidor an 13, rapportés à l'article *Gains nuptiaux*, §. 7.]]

III. Dans le cas où le Douaire est dû par la coutume, quoique le Douaire ne soit ouvert pour la femme et les enfans qu'à la mort du mari, si le décret avait été poursuivi par un créancier antérieur au Douaire, ou même qu'il l'eût été à la requête d'un créancier postérieur, mais avec des oppositions de la part des créanciers antérieurs, le décret n'en serait pas moins valable à raison des hypothèques de ces créanciers antérieurs; mais ces hypothèques épuisées, les créanciers postérieurs qui auraient touché leurs créances sur le prix de l'adjudication, seraient obligés de rapporter au Douaire ce qu'ils auraient reçu.

On observe même avec raison qu'il est, en pareil cas, de la prudence de l'adjudicataire de faire ordonner que les créanciers postérieurs seront tenus de donner caution de rapporter, au cas que le Douaire ait lieu; parcequ'on tient communément que si ces créanciers postérieurs étaient insolvables, l'adjudicataire serait tenu lui-même de rapporter pour eux : mais comme il ne serait pas juste, lorsqu'un homme a plus de biens qu'il n'en faut pour payer toutes ses dettes, que, sous prétexte d'un Douaire, les créanciers postérieurs n'eussent pas la faculté de faire vendre les immeubles du mari, le tempérament que l'on suit en pareil cas est de les faire vendre à la charge du Douaire.

Digitized by Google

Lorsqu'il y a des enfans, comme ils doivent avoir une propriété et non une simple hypothèque, les créanciers postérieurs au mariage ne peuvent régulièrement faire vendre que la moitié par indivis des héritages sujets au Douaire; et, en attendant que ce Douaire ait lieu, ils sont autorisés à jouir des fruits de la moitié qu'ils ne peuvent pas vendre. Il en est de même lorsque le Douaire préfix consiste en un immeuble déterminé, ou dans la portion d'un certain héritage.

IV. L'hypothèque de la femme pour son Douaire et pour ses autres créances, quoique du même jour pour tous ses droits, reçoit néanmoins quelques modifications lorsqu'il s'agit d'exercer cette hypothèque: la faveur que mérite la restitution de sa dot, fait que cette dot commence par se prendre avant le Douaire.

[C'est ce que décident nettement les placités de Normandie: il est vrai que, par l'art. 69, le Douaire doit être pris sur l'entière succession, et la dot sur ce qui revient à l'héritier après la distraction du Douaire, pourvu qu'il y ait consignation actuelle de la dot; mais l'art. 70 ajoute: « Neanmoins l'hypothèque de la dot doit être préférée à celle du Douaire, pourvu que le contrat de mariage soit reconnu avant la célébration du mariage ».

Il ne faut cependant pas donner à ces dispositions un effet trop général: pour faire une juste application des deux articles qui les contiennent, distinguons quatre cas différens.

Ou la question de la préférence de la dot sur le Douaire s'élève entre la femme et les héritiers collateraux de son mari;

Ou c'est entre la femme et les créanciers du même;

Ou c'est la femme et ses enfans qui la disputent entr'eux;

Ou enfin elle est contestée entre les enfans et les créanciers de leur mère.

Au premier cas, c'est-à-dire lorsque la femme demande aux héritiers du mari sa dot et son Douaire, le Douaire doit être préféré à la dot, ou, en d'autres termes, il doit être pris sur la succession entière, et les deux autres tiers qui reviennent aux héritiers, demeurent soumis à la dot. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement de Rouen, du 22 août 1628 et du mois d'août 1629 (1); et c'est de leur décision qu'a été formé l'art. 69 des placites rapporté ci-dessus.

Cet article paraît borner la disposition au cas où *il y a consignation actuelle de la dot;* mais il ne faut pas en conclure que le défaut de consignation empêche la dot de marcher après le Douaire; car ces termes ne se rapportent pas à ceux qui les précèdent immédiatement, *après la distraction du Douaire;* mais à ceux-ci, *la dot est prise sur ce qui revient à l'héritier;* et le sens en est qu'après le Douaire *pris sur l'entière succession*, la dot doit être prise sur ce qui reste à l'héritier, pourvu qu'il y ait consignation actuelle. On en sent la raison: c'est que la dot qui n'est pas consignée, ne doit point être prise sur les propres, mais sur les acquêts et les meubles du mari, dans lesquels la femme prend une part qui l'assujettit à contribuer au remploi.

Au second cas, c'est-à-dire lorsque la question de la préférence de la dot au Douaire se présente entre la veuve et les créanciers du mari, la décision doit être la même que dans le cas précédent. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 13 juillet 1647, dont Basnage rapporte ainsi l'espèce.

Les immeubles du sieur de La Prairie ayant été mis en saisie réelle, la femme forma son opposition pour avoir son Douaire sur tous les biens dont son mari s'était trouvé saisi au temps de la célébration du mariage, et prendre sa dot sur les deux autres tiers. On prétendit que cet ordre de collocation n'était bon qu'entre la veuve et les héritiers du mari, et qu'il avait pour motif d'augmenter, en faveur des enfans, le tiers destiné à leur légitime; « mais que quand la question s'offrait entre la femme et les créanciers, et que les biens du mari étaient saisis et vendus par décret, en ce cas, comme il s'agissait de colloquer les créanciers selon l'ordre de leurs hypothèques, la faveur du Douaire ne pouvait l'emporter sur la dot, qui avait son hypothèque du jour du contrat de mariage ». On ajoutait que la question avait été ainsi jugée par un arrêt de l'an 1603, rapporté par Bérault, art. 365. — La femme répondait qu'il n'y avait point de différence entre les créanciers et les héritiers; que la coutume donne à la femme l'usufruit du tiers des biens dont le mari était saisi lors du mariage; que si ce tiers contribuait au remploi de la dot, il ne se trouverait plus parfait; que par-là elle remplacerait sa dot sur ce qui lui est destiné pour son Douaire; et que les créanciers n'ont point lieu de se plaindre, parce qu'ils ont dû connaître la qualité de celui avec lequel ils contractaient. — Sur ces raisons, l'arrêt cité prononça en faveur de la femme.

Celui de 1603 n'avait pas jugé le contraire. Dans l'espèce où il était intervenu, les biens du mari ne suffisaient pas pour remplir le Douaire et la dot, et il y avait une caution des deniers dotaux qui soutenait qu'ils devaient être pris avant le Douaire. On fit, en effet, précéder la dot; mais en cela, loin de nuire à la femme, on ne chercha que son avantage, puisqu'il valait bien mieux pour elle prendre une dot en propriété qu'un domaine en usufruit.

De ces deux arrêts combinés est résultée la maxime que la femme peut, au préjudice des héritiers et des créanciers, lever son Douaire sur l'intégrité du bien, et exercer sur les deux autres tiers l'action en recouvrement de sa dot; mais que quand toute la fortune du mari ne suffit pas pour acquitter l'un et l'autre, la femme a la faculté de changer cet

(1) Basnage, *des Hypothèques*, chap. 13, dit en rapportant ces arrêts, que la jurisprudence est la même en Bretagne; et il cite, pour le prouver, l'arrêt 100 du Recueil de Frain.

Digitized by Google

ordre et de reprendre premièrement ses deniers dotaux.

Cette faculte a encore été confirmée à la femme par trois arrêts des 11 mars 1664, 17 décembre 1665 et 31 juillet 1669, qui sont également rapportés par Basnage, à l'endroit cité.

On prétendait, lors du troisième arrêt, que la jurisprudence établie par les deux premiers, avait été changée par l'art. 70 du règlement de 1666. Mais on a fait voir que l'intention du parlement de Normandie, en rédigeant cet article, n'avait pas été de priver la femme de la faculté de choisir ce qui lui est le plus utile; et qu'il avait seulement voulu dire qu'encore que le Douaire se prît sur l'intégrité de la succession, néanmoins la dot devait le précéder, si la femme le trouvait plus à propos.

Mais la femme peut-elle user de cette liberté au préjudice de celui qui est caution de la dot envers elle? « Quoique la caution, répond Basnage, ne soit pas d'une condition pareille au créancier, il semble qu'on ne peut lui refuser la préference de la dot, puisque la femme ne l'aurait eue qu'en la payant; il reste en sa place, et il est même encore plus favorable. Aussi, par arrêt du 30 avril 1660, la question fut décidée en faveur de la caution, et on ordonna que la dot serait colloquée avant le Douaire ». — Basnage rapporte assez au long l'espèce de cet arrêt.

Depuis, et le 9 août 1669, on jugea différemment; mais l'espèce était particulière. Par son contrat de mariage avec Paul Rousseau, Marie Buuel avait stipulé qu'elle reniporterait, au lieu de ses bagues et joyaux, quatre cents livres par préciput, en exemption de toutes dettes et charges, et sans préjudice de ses autres droits. Dans le même contrat, Christophe Rousseau était intervenu comme caution des deniers dotaux de cette femme. Celle-ci se fit depuis séparer de biens d'avec son mari; et les meubles de son mari ayant été vendus, elle s'opposa à l'ordre et distribution des deniers, pour être payée des quatre cents livres. Anne Cavalier, veuve de Christophe Rousseau, et les créanciers, prétendirent qu'elle devait venir en concurrence avec eux au sou la livre, pour 2,800 liv. dont Christophe Rousseau était caution pour sa dot; et ne s'étant trouvé que 1,040 liv. à distribuer, le bailli de Rouen avait ordonné la concurrence au sou la livre, Marie Buuel en ayant appelé, Basnage fit valoir pour elle la clause de son contrat de mariage, et représenta qu'encore que les prétentions de ses parties eussent un même principe, et qu'elles fussent appuyées sur un même contrat, il ne pouvait toutefois y avoir de concurrence; que cette femme ayant expressément stipulé qu'elle lèverait 400 liv. pour ses bagues et joyaux par préciput, et en exemption de toutes dettes et charges, et sans préjudice de ses autres droits, la caution qui avait consenti à toutes ces clauses avait tacitement renoncé à prétendre aucune concurrence, suivant la loi *sicut*, §. *si voluntate*, *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, au Digeste : *Si voluntate creditoris fundus alienatus sit, inverecundè applicari sibi creditor desiderat.* Car l'on ne pouvait douter que la caution n'eût suffisamment consenti une préference, en consentant que les 400 liv. fussent levées par préciput, et sans préjudice de tous ses autres droits; et l'on ne pouvait présumer qu'elle eût stipulé une caution pour se faire tort, et pour diminuer ses sûretés et ses avantages, mais plutôt pour les augmenter; que cette prétention était directement contre la nature des obligations fidejussoires, qui ne tendent qu'à assurer ceux qui les demandent : *Sponsor in hoc accipitur, ne creditor in damno sit.* — On répondait pour les intimés qu'il ne s'agissait pas des deniers dotaux, mais d'un simple préciput qui n'avait pas le même privilège que la dot, laquelle, sans contestation, devait être colloquée la première : ce qui lui donnait lieu de conclure même à la préference, et qu'il n'était pas au pouvoir des contractans de changer cet ordre naturel, suivant lequel toutes les clauses d'un contrat doivent valoir également, et avoir les mêmes prérogatives. — Par l'arrêt, la sentence fut infirmée, et l'on ordonna que les 400 liv. seraient payées avant les deniers dotaux. Ainsi, dans ce cas particulier, le préciput fut préféré à la dot, en faveur de la femme, qui était assurée par l'intervention de la caution.

Au troisième cas, c'est-à-dire lorsque la préférence entre la dot et le Douaire est contestée entre la mère et les enfans, on peut dire en faveur de ceux-ci qu'ils sont la fin principale du mariage; que leur établissement et leur avantage sont le premier objet que doivent se proposer ceux qui se lient par ce nœud sacré; que l'on doit par conséquent faire ceder les intérêts de la mère aux leurs; qu'en préférant le Douaire à la dot, la mère y trouve quelque avantage, mais qu'en faisant passer la dot la première, elle pourrait absorber tout le bien de son premier mari, et en porter les dépouilles à un second, au préjudice de ses enfans; que, pour éviter cet inconvénient, on doit prendre le parti qui n'ôte pas à la mère le moyen de subsister, et qui conserve aux enfans la propriété d'un bien dont leur mère aurait pu abuser.

Basnage nous avertit que, malgré ces raisons, la jurisprudence des parlemens de Paris et de Rouen a toujours maintenu la mère dans le droit de faire valoir son hypothèque pour la dot avant celle du Douaire. En effet, pour ne parler, à cet égard, que de la première de ces deux cours, Loüet et Brodeau, son additionnaire, lettre D, §. 40, assurent qu'il en a été ainsi jugé, par un arrêt qu'ils ne datent pas, mais qu'ils citent comme rendu à la grand'chambre; par un autre du 7 août 1554; par un troisième du 8 juin 1620; par un quatrième du 7 septembre suivant; par un cinquième du même jour; par un sixième, très célèbre, en date du 27 mars 1622; et par un septième, du 14 décembre 1624.

On sent les raisons de cette jurisprudence : la dot est le propre bien de la femme; et celle-ci l'ayant confiée à son mari, on ne peut pas lui en refuser la répétition. C'est d'ailleurs un titre onéreux; le

Digitized by Google

Douaire n'est, au contraire, qu'un titre lucratif; c'est un présent que la coutume et le père font à leurs enfans, mais qui ne doit avoir son effet qu'après la pleine restitution de la dot. Et quand on ferait remonter l'hypothèque du Douaire au jour du contrat de mariage, en vertu de la stipulation qui y est portée, cela pourrait bien opérer contre un créancier étranger, mais non à l'égard de la dot; la raison en est que cette hypothèque accordée au Douaire, est beaucoup moins parfaite que celle de la dot. Le Douaire n'est pas acquis et assuré par la seule stipulation employée dans le contrat de mariage; cette hypothèque ne reçoit sa perfection et n'a son plein effet *qu'après le coucher*: au contraire, l'hypothèque de la dot est acquise sans aucune condition, et dès le moment que le mari et la femme ont signé les conditions du mariage. Ainsi le père ne peut laisser aucune portion de ses biens à ses enfans qu'il n'ait rendu à sa femme tout ce qu'elle lui a apporté.

Au quatrième cas, celui où la contestation sur la préférence dont il s'agit est entre les enfans et les créanciers de leur mère, on doit, suivant un arrêt du parlement de Paris, du 6 avril 1632, décider la même chose que dans le troisième, parceque les créanciers de la mère peuvent exercer tous ses droits. Voici les termes dans lesquels Brodeau rapporte cet arrêt; ils sont remarquables : « La même question s'étant présentée pour les créanciers de la femme....., en la première chambre, an rapport de M. de Villoutreys, deux de MM. de chacune chambre assistant au jugement du procès pour la conséquence, la préférence a été jugée en faveur des créanciers, contre les enfans, comme étant ce droit de préférence pour les deniers dotaux réel et transmissible, et non spécial et attaché à la personne de la femme; et ordonné que l'arrêt serait lu et publié au châtelet, l'audience tenant, en présence de M. le rapporteur ».

Basnage croit qu'en Normandie, « où l'on conserve avec tant de soin aux enfans leur tiers coutumier, cette jurisprudence ne serait pas favorablement reçue. — En effet (dit-il), si la faveur de la mère n'avait paru plus grande que celle des enfans, on aurait dû régulièrement admettre la concurrence du Douaire avec la dot, puisque la stipulation, qui en produit l'hypothèque, procède d'un même contrat, et que la légitime n'est pas moins due aux enfans que la dot à la mère. Il faut donc que la préférence pour la dot soit un privilége purement personnel, qui par conséquent n'est communicable ni transmissible à un étranger; cependant si cette préférence était étendue aux créanciers de la mère, il serait au pouvoir des mères de priver leurs enfans de leur tiers coutumier : nonobstant le mauvais ménage du père, et tous les contrats que les enfans peuvent faire durant sa vie, ce tiers demeure inaliénable, et la coutume conserve aux enfans, avec toutes les précautions possibles, ce débri de la fortune de leur père. Cependant, par la seule préférence de la dot sur le Douaire, tous les soins de la loi deviendraient inutiles ».

Basnage finit par invoquer la loi unique, C. *de privilegiis dotium*, et la loi *assiduis* C. *qui potiores in pignoribus*. — Par la première, il est dit que le privilége de la dot ne passe pas aux héritiers; et la seconde fait une exception en faveur des enfans. « De là, dit-il, on doit conclure que si les privilèges ne sont attribués à la dot qu'en faveur de la femme et des enfans, ces privilèges cessent lorsque ces personnes n'y ont plus d'intérêt ».]

V. Le Douaire ne vient en ordre d'hypothèque qu'après le remploi des propres aliénés sans le consentement de la femme; car si elle y avait consenti, il ne faudrait pas que le Douaire des enfans en souffrit.

[Et il a été jugé qu'en ce cas le remploi ne doit être colloqué qu'après le Douaire. L'arrêt, qui est du 27 mars 1622, a été précédé d'un *consultis classibus;* et on l'a prononcé en robes rouges le 7 septembre suivant. Il est rapporté par Bouguier, lettre D, n. 15, édition de 1629; par Montholon, §. 139; par Couart, sur la coutume de Chartres, art. 56; et par Brodeau, sur Louet, lettre D, §. 40.]

Le Douaire, d'un autre côté, se prend avant le préciput stipulé en cas de renonciation, et avant tous les autres avantages qu'a faits le mari. Tous ces points de droit ont été reconnus par un arrêt du 30 août 1661, qu'on trouve au Journal des audiences, et par un acte de notoriété du châtelet de Paris, du 14 avril 1676.

[C'est aussi un des points jugés par l'arrêt célèbre du 27 mars 1622, dont nous venons de parler. « Cet arrêt, dit Brodeau, juge nettement la préférence des deniers dotaux de la femme contre le Douaire coutumier des enfans, mais non pour le préciput, remploi et autres conventions matrimoniales ».]

VI. Quant aux arrérages du Douaire échus au profit de la femme, l'hypothèque pour cet article va de pair avec celle des enfans pour le fonds du Douaire. Renusson rapporte, à la vérité, deux arrêts qui ont donné la préférence à la veuve, mais il paraît qu'on a depuis adopté l'avis de Lemaître, en conformité duquel, lors de la collocation dans les biens du sieur Portail, il fut jugé par un arrêt du 10 décembre 1718, que l'hypothèque en pareil cas serait par concurrence. Cet arrêt est rapporté dans le droit *commun de la France* de Bourjon.

VII. Nous dirons encore sur l'hypothèque du Douaire, qu'elle s'éteint de plein droit par la prescription de dix ou de vingt ans pour les tiers acquéreurs, et par celle de trente pour les héritiers, lorsque la femme a négligé de réclamer son droit, et cela à commencer du jour qu'il s'est trouvé ouvert pour elle. La prescription de la propriété court en même temps de ce jour-là contre les enfans majeurs, quoique l'action qu'ils pourraient exercer dût retourner par la voie de la garantie de la part des acquereurs contre leur mère encore vivante. Cette decision est établie dans la collection de jurisprudence par trois arrêts différens : l'un du 11 août 1711, le second du

Digitized by Google

24 juillet 1727, et le troisième du 4 mars 1735 : ce dernier est cité par Guyot, sur l'art. 112 de la coutume de Meulan.

[Il est vrai qu'on trouve au Journal des audiences un prétendu arrêt du 16 janvier 1652, par lequel, s'il en faut croire l'auteur de ce recueil, il a été jugé que, dans le cas où un père et une mère ont vendu solidairement les biens sujets au Douaire, la prescription ne doit courir contre les enfans que du jour du décès de la mère qui a survécu son mari. Mais Brillon, au mot *Douaire*, n. 63, nous apprend que lors de l'arrêt cité du 11 août 1711, « Il fut vérifié que cet arrêt du 16 janvier 1652 était faux, le 16 janvier 1652 étant un jour de fête, et le rapporteur n'ayant jamais été rapporteur ».

Peut-être ne peut-on pas faire plus de fond sur un arrêt du 14 août 1577, que Bouchel cite en sa *Bibliothèque civile*, au mot *Prescription*, comme ayant jugé qu'un tiers détenteur qui avait possédé pendant vingt ans des héritages sujets au Douaire, n'avait pas prescrit contre les enfans, quoiqu'ils fussent majeurs; et cela sous le prétexte que, pendant tout ce temps, leur mère qui avait garanti l'aliénation, était vivante. En tout cas, un arrêt isolé et contraire aux vrais principes, ne peut pas l'emporter sur plusieurs autres qui sont conformes à ces principes; et certainement, comme l'observe Dunod, *des Prescriptions*, part. 3, chap. 3 « la crainte de diminuer une succession qu'on espère, n'est pas un motif suffisant pour s'excuser, et dire que l'on n'a pas pu agir ».

Au reste, il n'est pas inutile de remarquer qu'avant les arrêts de 1711, 1727 et 1735 dont on vient de parler, il en était intervenu un autre qui avait prépare la jurisprudence qu'ils ont confirmée. Il est rapporté au Journal des audiences, sous la date du 24 juillet 1676; et nous voyons dans ce recueil que, du premier abord, les opinions des juges furent très partagées. « Les uns (y est-il dit) voulaient que la prescription ne commençât que du jour du décès de la mère; mais ayant été départie, l'opinion contraire prévalut, et il fut jugé qu'un tiers détenteur prescrivait par dix ans, du jour du décès du père, parceque c'est par la mort du père que le Douaire est acquis aux enfans; la vie ou la mort de leur mère ne contribue en façon quelconque pour la propriété qui leur appartient au Douaire, et ils la transmettent même par leur mort à leurs héritiers, ainsi que le reste de leurs biens; et par conséquent ils sont aussi capables d'agir pendant la vie de la mère qu'après sa mort; et du chef de la mère qui n'a que l'usufruit, les enfans ne peuvent pas prétendre que la prescription n'ait couru à leur égard que par sa mort ».]

[[VIII. Les femmes de commerçans n'ont plus d'hypothèque pour leur Douaire conventionnel, le seul qui puisse avoir lieu aujourd'hui. *V.* ci-après, sect. 5, §. 2, n. 3.]]

§. IX. *Des charges inhérentes au Douaire.*

1. Nous n'entendons point parler ici des charges réelles attachées aux héritages échus à la douairière par l'exercice de son Douaire : ces charges suivent la jouissance des fonds auxquels elles sont inhérentes. Nous n'entendons pas non plus parler des obligations inséparables de l'exercice du Douaire : ceci fera le sujet d'un paragraphe particulier dans la section suivante. Nous dirons seulement ici que la femme doit supporter sa part et portion des rentes personnelles, perpétuelles ou viagères, dont le mari était débiteur lors du mariage; car ces rentes sont une charge de l'universalité des biens; ce qui s'explique par l'exemple que voici :

Supposez avec Pothier, que « la totalité des immeubles qu'avait un mari lors de son mariage se monte à 120,000 livres, et qu'il y en ait pour 60,000 liv. sous la coutume de Paris, où le Douaire est de la moitié; pour 30,000 livres sous celle d'Anjou, où le Douaire n'est que du tiers; pour 30,000 liv. sous celle d'Issoudun, qui n'accorde aucun Douaire coutumier; et qu'il y ait pour 12,000 liv. de principaux de rente en passif : — La douairière sera tenue d'acquitter pendant le temps de son usufruit, la moitié des arrerages des 6,000 liv. que les biens de Paris doivent porter desdits principaux de rente, et le tiers des arrérages de 3,000 livres qu'en doivent porter les biens d'Anjou; et elle ne devra rien payer des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter ceux d'Issoudun, dont la coutume n'accorde aucun Douaire ».

[Remarquez cependant un cas où il a été jugé au parlement de Paris, que la femme doit, en prenant son Douaire, primer le créancier d'une rente dont la constitution a précédé le mariage; ce cas, le voici :

Un père et une mère, en mariant leur fils majeur et déjà chargé de rentes qu'il avait constituées, lui ont donné plusieurs immeubles en faveur de mariage et par avancement d'hoirie. Dans la suite, il est venu à décéder : sa veuve a demandé pour Douaire la jouissance de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la moitié, d'un tiers ou de telle autre quotité qui se trouvait fixée par la loi, si c'était un Douaire coutumier, ou par le contrat de mariage, si c'était un Douaire préfix. Mais d'un autre côté, les créanciers des rentes constituées par le fils avant son mariage, ont prétendu qu'ils devaient être payés avant la douairière, sur les biens compris dans la donation qui avait été faite au défunt par le père et la mère, lors de son mariage; et ils en ont donné une raison assez plausible : un débiteur qui contracte, ont-ils dit, oblige tous ses biens présens et à venir; or, les contrats de constitution passés à notre profit, ont précédé le contrat de mariage. — La veuve a répondu qu'elle s'était mariée sur la foi des choses données à son mari par son père et sa mère dans son contrat de mariage; qu'elle avait considéré, en se mariant, que ces choses seraient affectées à son Douaire; que le père et la mère étaient censés n'avoir donné qu'à cette charge; et que les créanciers ne pouvaient pas s'en plaindre, puisque les héritages donnés n'appartenaient pas à leur débiteur, lorsqu'il avait contracté

Digitized by Google

avec eux. — Sur ces raisons, par arrêt du 21 janvier 1625, rapporté par Auzannet, sur l'art. 248 de la coutume de Paris, la veuve a été préférée aux créanciers.

Mais, osons le dire, cette décision paraît contraire aux principes.

Il n'y a pas de loi qui prive un fils de famille majeur de la liberté de contracter à son propre préjudice. Ses obligations sont valables; et dans l'espèce proposée, si le père succède à son fils, il est incontestablement tenu de ses dettes, jusqu'à concurrence de ce dont il l'a avancé.

Si le père était mort le premier, sans avoir fait aucun avancement à son fils, la veuve ne pourrait disputer aux créanciers de celui-ci le droit qu'ils auraient de la précéder; ce serait donc parceque le beau-père de cette femme aurait fait une donation en faveur du mariage, qu'elle aurait la préférence sur les créanciers de son fils.

Mais ces termes, *en faveur de mariage*, emportent-ils avec eux l'idée du détriment d'un tiers? ou plutôt n'est-il pas sensible que le père ne s'est ainsi exprimé que pour faire voir que, sans le mariage, il n'aurait pas donné?

Or, s'il n'y avait pas eu de mariage ni conséquemment de donation, le droit des créanciers n'aurait été que différé; l'avancement de succession n'opère rien autre chose, sinon de régler les biens par anticipation, comme ils l'auraient été à la mort du donateur, s'il avait survécu le donataire. Et comme, dans le cas où le père fût décédé avant son fils, les créanciers auraient précédé la veuve de ce dernier, ils doivent également la précéder dans le cas dont il s'agit. La proposition contraire tendrait à faire revivre en faveur du Douaire admis par nos coutumes, les avantages excessifs que Justinien avait accordés à la dot par la loi *assiduis*. Et certainement ce serait aller diamétralement contre l'esprit général de notre droit coutumier. Consultons toutes nos lois municipales; elles nous diront que la femme ne doit prendre Douaire que sur ce qui appartient légitimement à son mari, lors du mariage; or, les biens que celui-ci recueille à titre d'avancement d'hoirie, au moment où il reçoit la bénédiction nuptiale, ne lui appartiennent que sous la déduction des dettes dont il est chargé à l'instant même où la propriété lui en est transmise.

II. Autre question. Si le mari éteint pendant le mariage des rentes qu'il avait constituées avant de se marier, cette extinction profite-t-elle à la femme? Oui, et les rentes qui en sont l'objet, ne sont plus considérées pour diminuer le Douaire: c'est la disposition expresse de l'art. 174 de la coutume d'Artois et de l'art. 396 de celle de Normandie.

Le Brun, *Traité de la Communauté*, liv. 2, chap. 5, sect. 1, dist. 2, n. 22, prétend que les rentes foncières doivent être exceptées de cette règle; mais comme les raisons qui l'ont fait établir pour les rentes constituées, sont les mêmes pour les rentes foncières, on ne voit pas pourquoi on admettrait à l'égard des unes, d'autres principes que relativement aux autres. Aussi l'article cité de la coutume de Normandie les enveloppe toutes dans sa disposition: « si le mari (porte-t-il) constant le mariage, décharge les héritages à lui appartenans lors de ses épousailles, ou à lui échus en ligne directe, constant son mariage, de rentes hypothécaires *et foncières ou autres charges réelles*, la femme à le tiers entier pour son Douaire déchargé desdites rentes racquittées, comme s'ils n'eussent point été chargés lors et avant les épousailles ».

A l'égard des rentes constituées par le mari postérieurement au contrat de mariage, il est constant qu'elles ne diminuent pas le Douaire.

Nous disons *postérieurement au contrat de mariage*, parceque l'on doit sur ce point ranger dans la même classe et les rentes créées dans l'intervalle de la confection du contrat à la bénédiction nuptiale, et celles dont la constitution a été faite pendant le mariage. C'est ce qu'a décidé un arrêt du 17 mars 1618, rapporté par Bouguier, lettre D, n. 17. « La raison en est (dit Renusson, chap. 8, n. 8) qu'il ne doit pas être permis au futur époux, après avoir passé contrat de mariage et avoir réglé et fait ses conventions avec sa future épouse, de lui faire préjudice en contractant des dettes depuis son contrat de mariage; il ne lui doit pas être permis dans l'entre-temps du contrat et de la célébration du mariage, de diminuer son Douaire; il ne lui doit pas être permis de donner atteinte aux droits de la future épouse, qui ont été réglés par son contrat de mariage, ni de diminuer ses droits, ni de lui imposer des charges en contractant des dettes passives immobilières ».

III. Mais que doit-on dire des rentes constituées, soit après le contrat, soit pendant le mariage, par le moyen de deniers qui ont servi à éteindre d'autres rentes dont la constitution était antérieure à ces deux époques?

Il est certain que si par l'emprunt fait pendant le mariage pour parvenir à un remboursement, le nouveau créancier est subrogé à celui de l'ancienne rente, cet emprunt doit diminuer le Douaire. C'est ce qu'a jugé un arrêt rendu en la grand'chambre du parlement de Normandie, le 5 juillet 1662. On a pensé, dit Basnage sur l'art. 396, « que lorsque la coutume donnait le Douaire entier et déchargé des rentes que le mari avait rachetées, cela s'entendait d'une libération effective et parfaite, ce qui n'était pas en cette espèce, où..... les rentes subsistaient encore par le moyen de la subrogation ».

Mais en est-il de même, lorsque le nouveau créancier n'est pas subrogé à l'ancien? On dit pour l'affirmative, que si, dans cette espèce, la rente constituée pendant le mariage, ne diminuait pas le Douaire, ce serait donner lieu aux maris de faire à leurs femmes des avantages indirects, en affectant, lorsqu'ils rembourseraient des rentes antérieures au mariage, de ne pas subroger aux droits des créanciers auxquels elles étaient dues, ceux qui leur ont fourni les deniers avec lesquels ils les ont éteintes.

Malgré cette considération, il paraît pour cons-

Digitized by Google

tant que, dans le cas dont il s'agit, la nouvelle rente ne diminue pas le Douaire.

En effet, ou la femme accepte la communauté, ou elle y renonce. Si elle l'accepte, point d'avantage indirect, puisqu'elle supporte la moitié de la rente. Si elle renonce, elle trouve, à la vérité, un avantage dans le remboursement qui a été fait par le mari; mais c'est pour elle un hasard qu'on ne doit pas lui envier : la raison de la réciprocité s'y oppose : si le mari acquiert pendant le mariage des contrats de rente, ils demeurent, en cas de renonciation de la femme, au profit singulier de ses héritiers; et quand ils auraient été payés avec les deniers du remboursement de rentes qui appartenaient au mari avant le mariage, ils n'augmenteraient pas pour cela le Douaire. Donc, par identité, les rentes que le mari a constituées pendant le mariage, ne doivent pas diminuer le Douaire, quoique les capitaux aient servi au remboursement de contrats de constitution antérieurs.

C'est en effet ce qu'ont décidé deux arrêts : l'un rendu au parlement de Paris, le 12 août 1622, et rapporté par Pallu, sur l'art. 326 de la coutume de Tours; l'autre intervenu au parlement de Rouen, le 14 mai 1655, et rappelé dans le Commentaire de Basnage, art. 396.

Ce second arrêt ne doit cependant pas être tiré à conséquence pour la Normandie. La coutume de cette province a, sur cette matière, une disposition qui force de la ranger dans une classe à part. Elle décide, art. 397, que « si le mari a vendu de son propre pour faire le racquit, la femme prenant Douaire sur les héritages déchargés, ne pourra prétendre Douaire sur ledit héritage vendu ».

On voit que, pour opérer l'espèce de subrogation qu'elle établit ici, la coutume n'exige pas de clause expresse de la part du mari, et sans doute il en doit être de même dans le cas d'un emprunt dont les deniers ont servi à rembourser une ancienne rente : « car, dit Basnage, n'est-ce pas vendre son propre que de l'hypothéquer ».

Aussi la question s'étant représentée au parlement de Rouen, le 4 mai 1682, cette cour l'a décidée tout autrement qu'en 1655, et elle a confirmé « une sentence du bailli de Caen au siège de Vire, donnée entre le sieur Sonnet et les acquéreurs du bien de son père, par laquelle il avait été dit que le sieur Sonnet, qui avait renoncé à la succession de son père, ne pouvait avoir son tiers-coutumier sur les biens que son père possédait lors de son mariage, exempt des rentes qu'il devait, quoique depuis il les eût acquittées, et que dans plusieurs contrats de ventes qu'il avait faites de ses héritages, on n'eût point fait mention que ce fût pour acquitter ses dettes, et que dans les paiemens de plusieurs rentes par lui rachetées, il ne fût point employé que les deniers provenaient de la vente de son bien : l'arrêt de 1655 fut lu sur le bureau avant que d'opiner, mais il ne fit aucune impression sur l'esprit des juges ».

Les mêmes principes ont dicté, en 1736, un autre arrêt du 7 mars, par lequel il a été jugé, suivant l'annotateur de Basnage, que les propres du sieur de Morehêne ayant été déchargés d'une rente de 1,000 liv., et chargés d'une autre rente de 1,070 l., il n'y avait que 70 liv. à prendre sur les meubles, et que le restant était remplacé de plein droit sur la rente remboursée.]

IV. Quant aux dettes mobilières dont le mari était débiteur lors du mariage, Pothier observe avec fondement que la femme n'y doit pas contribuer, parcequ'elles sont une charge des biens mobiliers auxquels la donairière n'a aucune part (1). Quand même ces dettes mobilières excèderaient la valeur du mobilier qu'avait alors le mari, on décide que cet excédant ne se prend nullement sur la portion des immeubles qui composent le Douaire : et Renusson atteste comme un usage constant, que lorsque la femme est recherchée pour ces dettes par la voie de l'hypothèque, les héritiers sont tenus de l'en acquitter.

[Cette maxime est si constante qu'elle s'étend même au cas où les dettes mobilières n'ont été contractées que pour rembourser des rentes créées avant le mariage. Il y a plus, c'est que ni l'hypothèque dont elles seraient munies, ni la subrogation qu'elles feraient des nouveaux prêteurs aux créanciers des rentes, ne les affranchiraient de cette règle au préjudice de la donairière.

C'est ce qu'a décidé très positivement un arrêt du parlement de Paris du 28 août 1734, dont voici l'espèce.

Le Marquis de Mailloc était chargé de plusieurs rentes. De simples prêts que lui ont faits les sieurs Dainton, Robinot, de Beauville, le maréchal de Harcourt, et pour lesquels il leur a donné hypothèque sur tous ses biens avec pleine subrogation aux droits des créanciers de ces rentes, l'ont mis en état de les rembourser toutes. Quelque temps après, il s'est marié. Il est décédé sans avoir acquitté les emprunts qu'il avait faits; et de là est venue, entre la veuve, d'une part, les héritiers et les créanciers, de l'autre, la question de savoir si le Douaire dû à la première sur les biens que le défunt avait laissés dans les coutumes de Normandie et de Péronne, devait contribuer à ces dettes, ou si elles ne les diminuaient pas?

La marquise de Mailloc, qui soutenait ce dernier parti, l'a appuyé par une consultation de MM. du Hamel, Gacon, Visinier et de Lavigne, qui contient le développement de tous les principes de la matière.

« C'est une maxime (y est-il dit) reconnue pour certaine en pays coutumier, qu'il n'y a que les dettes

(1) En matière de succession, l'ancienne jurisprudence était que les dettes mobilières fussent à la charge de l'héritier des meubles, et les dettes immobilières à celle de l'héritier des immeubles : quoique cette jurisprudence ait changé par rapport à faire supporter les dettes à tous les héritiers à proportion de leur émolument dans la succession, elle s'est conservée à l'égard du Douaire.

Digitized by Google

immobilières réelles ou hypothécaires, qui diminuent le Douaire; et que les simples dettes mobilières, quoiqu'hypothécaires, n'opèrent aucun retranchement. — Cette maxime est fondée sur une raison de réciprocité, dont la justice est sensible. — Le Douaire se prend sur les rentes constituées, et ne se prend point sur les dettes mobilières hypothécaires. Il ne serait donc pas juste que les dettes mobilières passives pussent le diminuer, puisque les rentes actives y sont sujettes. — Cet argument de réciprocité est la base et le fondement de l'avis de presque tous nos commentateurs. — Une seconde maxime qui appuie cette décision presque unanime de tous les auteurs, est qu'il n'y a proprement que les dettes immobilières réelles ou hypothécaires qui affectent le fonds, et qui puissent par conséquent causer le retranchement. Les dettes et charges réelles l'affectent incontestablement; les contrats de constitution sont également présumés l'affecter, parcequ'ils n'ont été originairement permis qu'en supposant que le fonds était aliéné jusqu'à concurrence du capital; la rente constituée étant perpetuelle et rachetable seulement à la volonté du débiteur, l'hypothèque du fonds est censée perpétuelle et permanente. La simple dette mobilière, au contraire, quoique hypothécaire, n'emporte qu'une hypothèque passagère et momentanée; l'exigibilité de la dette le fait justement présumer; les dettes immobilières réelles ou hypothecaires doivent donc seules produire le retranchement du Douaire et non les simples dettes mobilières, quoiqu'hypothécaires... — Mais on prétend que cela n'a lieu que lorsqu'elles ne sont pas subrogées à d'anciennes dettes immobilières, réelles ou hypothécaires. Or, celles dont il s'agit, sont, dit-on, subrogées au lieu et place du contrat de constitution antérieur au mariage de M. le marquis de Mailloc; la subrogation opère la transfusion même de la dette, en la personne du nouveau créancier; et par conséquent l'ancienne dette subsiste ou du moins est censée revivre et doit produire les mêmes retranchemens. — La réponse à cette objection est facile. Que dans la subrogation, il y ait une transfusion reelle de la dette en la personne du nouveau créancier, lorsque sa dette est d'une nature differente, qu'il est creancier par obligation, et que l'ancien l'était par contrat de constitution, c'est une proposition qui paraîtrait difficile à soutenir; que l'on accorde cette subrogation parfaite et la transfusion même de sa dette en la personne du nouveau créancier, lorsque son contrat est de même nature que celui du premier créancier; que lorsqu'il est d'une nature différente, on lui accorde seulement la même hypothèque qu'à l'ancien; *idem pignus, eadem hypotheca*, comme parle Cujas et les autres docteurs, c'est un moyen de concilier ensemble le langage de Dumoulin, et celui des autres docteurs, et c'est ce que l'on peut proposer de plus raisonnable à cet egard; mais on ose dire que cela est entièrement indifferent dans l'espèce particulière. — Ce qui doit décider, c'est la situation actuelle où se trouve le mari au temps de son mariage: c'est dans ce moment qu'il faut examiner s'il est débiteur de dettes exigibles et mobilières, ou de dettes immobilières et inexigibles. — La transfusion de la dette par la voie de subrogation, n'opère pas, suivant Dumoulin lui-même, que les créanciers par obligation deviennent créanciers par contrat de constitution, parceque le contrat auquel le créancier est subrogé, est un contrat de constitution; le nouveau créancier demeure toujours créancier par obligation. — Il reste toujours, par la même raison, créancier d'un contrat de constitution, quoique son capital ait servi au paiement d'une obligation antérieure; la transfusion de la dette (si l'on veut passer ce terme), n'opère donc pas de changement dans la nature du contrat; et la force de ce terme, dont il paraît qu'on voudrait abuser contre la dame marquise de Mailloc, est suffisamment corrigée par les derniers termes de Dumoulin: *Subrogatio est transfusio unius debiti in aliud, eddem vel mitiori conditione.* Ces derniers termes prouvent que la substance du contrat du nouveau créancier est toujours conservée. Or, c'est la substance et la nature de ce dernier contrat qui subsiste au temps du mariage, qu'il faut considérer pour savoir s'il doit opérer le retranchement du Douaire. — Si on admettait le système contraire, il s'ensuivrait qu'une obligation subsistante au temps du mariage, diminuerait le Douaire, parcequ'elle serait subrogée à un contrat de constitution; et réciproquement qu'un contrat de constitution subsistant au temps du mariage, ne diminuerait point le Douaire, parcequ'il serait subrogé à une obligation précédente. — Il s'ensuivrait, par une consequence qui paraîtrait encore nécessaire, que si le mari était créancier au temps de son mariage, d'une obligation qui eût servi au remboursement d'un contrat de constitution, la femme prendrait son Douaire sur l'obligation, comme subrogée au contrat de constitution; et que, dans le cas contraire, elle ne prendrait point son Douaire sur un contrat de constitution, dont son mari aurait été créancier au temps de son mariage, parceque le principal de ce contrat aurait été employé au paiement d'une obligation. — Il n'est pas possible d'adopter ce système, sans renverser les maximes les plus universellement reconnues, et, on ose le dire, les plus triviales. — Le Douaire coutumier se prend de droit commun sur les rentes constituées au profit du mari, et sur les autres immeubles qu'il possède au temps de son mariage, comme sur les rentes et les immeubles qui lui échéent en directe depuis le mariage. — Qui voudrait exempter du Douaire les rentes que le mari possédait au temps du mariage, et celles qui lui sont échues depuis en directe, sous prétexte que les capitaux de ces rentes auraient servi au paiement d'obligations antérieures; on qui voudrait assujettir en pareil cas des obligations au Douaire, parcequ'elles auraient été employées au paiement et remboursement de contrats de constitution antérieurs, proposerait une nouveauté sans exemple; et il n'y a personne qui ne s'élevât contre

Digitized by Google

une pareille proposition.— Il faut donc reconnaître que c'est l'état actuel où se trouve le mari au temps du mariage, qui doit décider du Douaire. —S'il est créancier de contrats de constitution, la femme aura son Douaire coutumier sur ces contrats, quoique subrogés à des obligations antérieures. — S'il est créancier de simples obligations hypothécaires, elle sera privée de Douaire, quand même ces obligations seraient subrogées à des contrats de constitution antérieurs.— La même raison de réciprocité doit avoir lieu dans la passive comme dans l'active. — Si le mari est débiteur de contrats de constitution, dont le capital ait servi à acquitter des obligations antérieures, ces contrats diminuent le Douaire, quoique les obligations qui ont été acquittées des principaux de ces contrats, ne l'eussent point diminué. — De la même manière, et par une raison d'identité et de réciprocité qui paraît insurmontable, les obligations dont le mari se trouve débiteur au temps de son mariage, ne peuvent diminuer le Douaire de la femme, quoique les capitaux aient servi au remboursement de contrats de constitution antérieurs ».

A ces moyens et à la consultation qui les contenait, la marquise de Mailloc, pour prouver qu'ils étaient conformes à la jurisprudence normande, ajoutait une autre consultation délibérée à Rouen par MM. Perchel et Roncy, et qui répondait à une objection fondée, d'une part, sur ce que la maréchale de Harcourt, créancière du marquis de Mailloc, d'une somme de 100,000 livres, l'avait constituée en dot à l'épouse de celui-ci; et que par-là, le marquis de Mailloc se trouvait avoir remboursé de deniers devenus par la suite dotaux à sa femme, la rente à laquelle la maréchale de Harcourt avait été subrogée; et de l'autre, sur ce que par l'arrêt du 5 juillet 1662, cité ci-dessus d'après Basnage, on a jugé que lorsque la dot de la femme est consignée sur les biens du mari, et les deniers dotaux employés au remboursement de rentes antérieures au mariage, avec déclaration d'emploi et subrogation au profit de la femme pour plus grande sûreté des deniers dotaux, la femme ne prend point en ce cas le tiers entier pour son Douaire.

Les avocats de Rouen écartaient en peu de mots cette objection. « La constitution de dot (disaient-ils), faite au profit de madame de Mailloc aux dépens des 100,000 liv. dues à madame la maréchale de Harcourt, n'a fait qu'acquitter M. de Mailloc d'une dette mobilière qu'il devait à madame la maréchale de Harcourt. Par-là, madame la marquise de Mailloc n'a acquis qu'une subrogation d'hypothèque, et la dot n'a point servi à acquitter son mari d'une dette immobilière qu'il dut lors de son mariage ».

Une défense aussi solidement établie ne pouvait qu'être couronnée par le succès le plus complet; et en effet, l'arrêt cité a prononcé en faveur de la veuve; il est rapporté par M. Lépine de Grainville (page 129) l'un des juges mêmes qui l'ont rendu; et ce magistrat atteste qu'il n'a pas eu d'autres motifs que les moyens développés dans les deux consultations dont on vient de rappeler la substance.

V. Si les dettes mobilières antérieures au mariage ne diminuent pas le Douaire, à plus forte raison ne doit-il souffrir aucun retranchement pour celles qui ont été contractées pendant le mariage même.]

Remarquez néanmoins que les dettes mobilières des successions directes échues au mari pendant le mariage, diminuent le Douaire qu'y prend la femme, à proportion de ce dont les biens qui en proviennent, en sont chargés, parcequ'elles diminuent de plein droit la succession, attendu que le mari ne peut la recueillir sans se charger des dettes qui y sont attachées.

[VI. Il reste sur tous les objets discutés dans ce paragraphe, une question bien importante: c'est de savoir si, lorsque le Douaire est absorbé dans une coutume, par les dettes antérieures au mariage qui sont de nature à le diminuer, on peut en demander la recompense sur les biens situés dans une autre coutume?

Cette difficulté s'est présentée au parlement de Paris, en 1686, entre la veuve et les enfans de Gabriel de Lagan, d'une part, et ses créanciers de l'autre.

César de Lagan avait épousé Charlotte de Constantin. Il avait laissé des biens dans la coutume de Normandie, où l'on sait que le Douaire est propre aux enfans; et dans celles du Grand-Perche et du Maine, où il ne consiste qu'en un simple usufruit accordé à la femme pendant sa vie. Le Douaire de Normandie se trouvant épuisé par la vente que la veuve avait fait faire des biens situés en cette province pour la répétition de sa dot, ses enfans ont prétendu en avoir récompense sur les terres situées dans les deux autres coutumes, quoique celles-ci ne le reputassent point propre; et, d'abord, leur prétention a été adoptée par une sentence du siège de Mortagne, du 4 juillet 1668. Mais, sur l'appel, cette sentence a été infirmée, et il a été jugé, disent les rédacteurs du Journal du palais (tom. 2, pag. 1002, édition de 1727), « que le tiers coutumier dû pour le Douaire en Normandie, ne peut être récompensé sur les biens des coutumes qui ont des dispositions différentes ».

Voici, ajoutent ces auteurs, quels furent les motifs de l'arrêt. — Quand l'art. 379 de la coutume de Normandie porte que la propriété du tiers destiné par la coutume pour le Douaire de la femme, est acquise aux enfans du jour des épousailles; c'est une disposition que la coutume fait des immeubles situés dans l'étendue de son territoire, et, par consequent, c'est une disposition réelle. Or, il est impossible d'étendre l'effet de la disposition réelle d'une coutume au-delà des limites de son territoire. — « Si, par le contrat de mariage, il avait été stipulé que le Douaire de la mère serait propre aux enfans, cette stipulation, inscrée dans le contrat, aurait produit une obligation personnelle contre le mari, à laquelle tous ses biens auraient été affectés et hypothéqués, en quelque pays et coutume qu'ils eussent pu être, parceque c'est l'effet de l'obligation

Digitized by Google

personnelle d'affecter tous les biens de l'obligé, en quelque lieu qu'ils soient. Mais cette stipulation n'ayant point été faite par le contrat de mariage, et les intimés n'ayant pour titre que la seule coutume de Normandie, il est indubitable que leur action ne peut pas s'étendre sur d'autres biens que sur ceux de la même coutume; car la coutume de Normandie n'a pas pu imposer une loi, ni acquérir une hypothèque aux enfans, sur les terres situées sous la coutume du Grand-Perche, etc. »]

SECTION II. — §. 1. *Ouverture du Douaire.*

I. Quoique l'obligation du Douaire soit contractée de la part du mari par le contrat ou par la célébration du mariage, cette obligation néanmoins ne produit son effet qu'au moment de la mort naturelle du mari, arrivée du vivant de la femme; car si elle l'avait prédecédé, le Douaire se trouverait caduc, et ses héritiers n'auraient rien à prétendre.

Nous parlons de la mort naturelle du mari, attendu que plusieurs jurisconsultes, tels que Dumoulin et Louet, pensent que la mort civile autorise seulement la femme à demander, par forme de provision, une pension qui lui tienne lieu de Douaire en tout ou en partie, et à prendre des sûretés pour que ce même Douaire ne vienne point à déperir, en attendant que l'ouverture en soit définitive.

[En Normandie, on ne doute pas que le Douaire ne soit acquis par la mort civile comme par la mort naturelle. Mais on a mis en question s'il est dû quand le crime du mari a précédé le mariage; et si alors il est préféré aux dommages-intérêts de la partie civile, qui n'a rendu plainte qu'après la bénédiction nuptiale? Basnage, *Traité des Hypothèques*, chap. 13, rapporte deux arrêts du parlement de Rouen, des 29 mai 1664 et 9 décembre 1666, par lesquels il a été jugé « que le crime commis avant le mariage, mais dont le mari n'était pas encore soupçonné, n'exclut point la femme qui était en bonne foi, d'avoir un Douaire sur les biens de son époux, et que l'hypothèque des dommages-intérêts ne commence point du jour du délit, au préjudice de ceux qui ont contracté de bonne foi avec le coupable ».

Dans la coutume de Nivernais, on tient également que la mort civile donne ouverture au Douaire; et Coquille, sur l'art. 6 du chap. 24 de cette loi municipale, assure l'avoir vu juger ainsi par arrêt prononcé en robes rouges, le 14 août 1567. L'article cité dit cependant que *le Douaire échet et a lieu par la mort naturelle du mari:* termes qui paraissent exclure la mort civile; mais, plus bas, il ajoute que le bannissement et même l'absence, *par trop long espace de temps*, produisent à cet égard le même effet que la mort naturelle; et, ce qui tranche toute difficulté, c'est que l'art. 3 du chap. 2 donne à la femme d'un *criminel exécuté à mort, ou banni à perpétuité*, le droit de prendre *son Douaire préfix ou coutumier.*

Les commentateurs des coutumes du Maine et d'Anjou adoptent le même sentiment, qu'ils fondent sur l'art. 331 de l'une, et sur l'art. 319 de l'autre: puisque, « par ces textes (dit Olivier de Saint-Vaast, tome 3, page 127), le Douaire compète à la femme par le seul mauvais gouvernement et dissipation du mari, qui n'emporteut *ullam capitis diminutionem;* ne pourrait-on pas dire, avec raison, qu'il lui est acquis par la mort civile du mari? C'est l'avis que paraissent adopter du Pineau et Brodeau ».]

[[Aujourd'hui, « l'époux et les héritiers (du mort civilement) peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture ». *Code Napoléon*, art. 25.]]

[II. On vient de voir que le *mauvais gouvernement* du mari, et par conséquent la séparation de biens donne ouverture au Douaire dans les coutumes du Maine et d'Anjou. Il en est de même dans celle de Nivernais, suivant l'art. 6 du chap. 24, auquel il faut joindre le Commentaire de Coquille.

La jurisprudence normande s'est conformée aux dispositions de ces coutumes. Basnage, art. 368, en rapporte un arrêt du parlement de Rouen du 29 novembre 1660.

Mais ces dispositions forment-elles le droit commun? On verra à l'article *Séparation de biens*, §. 5, qu'il s'en faut de beaucoup.]

Cependant elles paraissent fondées sur l'esprit de l'institution du Douaire, qui est pour subvenir aux besoins de la femme: pendant que le mari est vivant, on suppose qu'il administre bien ses revenus; il y aurait dès-lors une indécence de permettre à la femme de demander à jouir de son Douaire; mais, lorsque la fortune du mari se dérange, et que la femme n'a plus d'autre ressource que son Douaire pour subsister, on ne fait tort à personne en lui permettant de faire usage d'un droit qui lui est légitimement acquis, et de sauver de la déprédation des biens de son mari l'exercice de son Douaire, comme elle en sauve, en cas de séparation de biens, tous les autres droits qui lui appartiennent.

[[Aujourd'hui, non seulement la séparation de biens, mais même le divorce n'ouvre le Douaire dans aucune partie de la France. *V.* le Code Napoléon, art. 300 et 1452.

Cette règle est-elle applicable à la femme mariée avant la publication du Code Napoléon, dans une contrée telle que la ci-devant Normandie, où la seule séparation de biens donnait ouverture au Douaire, et qui n'a obtenu sa séparation ou son divorce que postérieurement à cette publication?

Pierre Auvray, demeurant à Govray, en épousant Jeanne-Nicolasse Lair, long-temps avant la publication du Code Napoléon, promet de lui laisser le Douaire reglé par la coutume, et ajoute que ce Douaire *sera exercé du jour de la dissolution du mariage, sans que, pour l'avoir, la femme soit obligée d'en former aucune demande judiciaire.* — Le 16 pluviose an 12, il est condamné, par arrêt de la cour de justice criminelle du département du Calvados, à 12 années de fers, pour crime de bigamie. — En vertu de cet arrêt, Jeanne-Nicolasse Lair obtient son divorce, et elle se pourvoit contre

Digitized by Google

le curateur de Pierre Auvray, pour se faire délivrer son Douaire.

Par arrêt du 12 février 1806, la cour d'appel de Caen la déclare non recevable, attendu 1°. que le Douaire est un droit de survie; 2°. qu'aux termes de l'art. 1452 du Code Napoléon, la femme divorcée ne peut demander son Douaire qu'après la mort naturelle ou civile de son mari; 3°. que Pierre Auvray n'est pas mort civilement, mais seulement en état d'interdiction légale. — Jeanne-Nicolasse Lair demande la cassation de cet arrêt.

« Le Douaire de la demanderesse (dit son défenseur) n'est pas simplement un Douaire coutumier, c'est encore un Douaire conventionnel. En effet, son mari lui a *promis* Douaire par son contrat de mariage. — Ainsi, le Douaire de la demanderesse a deux titres pour base: la coutume, et le contrat de mariage. — Ce Douaire n'est pas pour elle un gain de survie, un droit éventuel, une simple expectative; c'est sa propriété; son Douaire lui a été acquis: il est devenu sa chose propre; il a été sa propriété certaine, fixe et incommutable, du jour des épousailles: *la femme gagne son Douaire au coucher*, porte l'art. 367. — On ne peut pas confondre le Douaire de la femme, promis et convenu par contrat de mariage, avec le Douaire coutumier des enfans, dont parle l'art. 393 de la coutume. — Le Douaire des enfans n'est qu'un avantage statuaire, un droit éventuel, une expectative, une créance hypothécaire, une simple espérance même. Pesnelle et beaucoup d'autres auteurs normands, sont d'accord sur ce point; la cour de cassation, d'ailleurs, l'a jugé plusieurs fois; et, sur ce fondement, elle a déclaré le Douaire coutumier abrogé, supprimé et anéanti par notre législation nouvelle. — Mais il n'en est pas de même du Douaire promis et convenu par contrat de mariage: la femme en est investie, à titre de propriétaire, du jour même du mariage. — Le Douaire ensuite s'ouvre au profit de la femme, non pas seulement par la mort naturelle de son mari, mais par la dissolution du mariage, par le divorce occasionné par la faute du mari.— L'art. 377 de la coutume de Normandie est positif: *si le divorce advient par la faute du mari, la femme aura son Douaire.* — L'art. 295 du Code en explique la raison: c'est que *les époux divorcés ne peuvent se réunir;* ils sont étrangers l'un à l'autre.— Donc le mari ayant occasionné le divorce, doit payer le Douaire de la femme; le mari est légalement considéré comme n'existant plus à l'égard de sa femme: *pro nullo, pro mortuo habetur.* — Aussi l'art. 300 du Code Napoléon veut-il que l'époux qui aura obtenu le divorce, conserve les avantages à lui faits par l'autre époux; et l'art. 13 de la loi du 17 nivose an 2, ainsi que l'art. 1er. de la loi du 18 pluviose an 5, maintiennent les avantages stipulés entre époux par contrats de mariage antérieurs à l'année 1789.— Enfin, le Douaire s'ouvre par la dissolution du mariage, quand il a été convenu par le contrat que la dissolution du mariage donnerait ouverture au Douaire sans demande en justice; c'est la loi des parties, la femme a épousé sur la foi de cette convention. — La cour de cassation l'a décidé ainsi le 25 thermidor an 13, conformément aux conclusions de M. le procureur général, sur le pourvoi de la dame de Lambre: elle a jugé que *le Douaire de la dame d'Hérici était ouvert par la séparation de biens prononcée entre elle et son mari dès* 1791 (à plus forte raison par la dissolution du mariage); *que dès cette époque, elle en a été saisie, puisque son contrat de mariage porte qu'il courra à son profit du jour que le Douaire a lieu, sans être obligée d'en faire la demande en justice.* (*V. cet arrêt à l'art.* GAINS DE SURVIE, §. 7.) — Dans l'espèce, la demanderesse a fait prononcer son divorce contre son mari. Ce divorce a été occasionné par la faute, ou plutôt par le délit du mari; donc dissolution du mariage par l'effet d'un divorce légitime et régulier. Donc Douaire ouvert au profit de la femme, à compter du jour de la prononciation du divorce: — 1°. En vertu de l'art. 377 de la coutume de Normandie, puisque le divorce est advenu par la faute du mari; — 2°. En vertu du contrat de mariage, puisqu'il y est dit *que le Douaire sera exercé du jour de la dissolution du mariage.* — La cour de Caen a donc ouvertement violé les lois citées, en privant actuellement la demanderesse d'une jouissance que les lois lui donnent, d'un droit dont le plein exercice lui est ouvert et assuré. La cour de Caen s'est portée à un excès de pouvoir, en paralysant des dispositions formelles et en créant une fin de non-recevoir qu'elles réprouvent ».

Tels étaient les moyens de cassation de Jeanne-Nicolasse Lair; voici de quelle manière M. Girault, substitut, les a discutés :

« En décidant que le Douaire de la demanderesse ne s'était pas ouvert par le divorce, la cour d'appel a-t-elle violé la loi du contrat de mariage? A-t-elle contrevenu aux dispositions de la coutume de Normandie?

» L'affirmative sur la première de ces questions, paraît difficile à soutenir. En effet, le contrat de mariage de la demanderesse lui assurait, à la vérité, le droit de réclamer son Douaire *aussitôt après la dissolution de l'union projetée*, sans distinguer entre les modes de dissolution; mais il n'en est pas moins évident qu'il ne faut entendre cette clause que dans le sens auquel les parties se sont nécessairement attachées. Or, en fixant pour condition de l'ouverture du Douaire, la dissolution de leur mariage, il est incontestable que les parties n'ont eu en vue que les causes de dissolution qui existaient à l'époque où leur contrat a été passé, c'est-à-dire, la mort naturelle ou la mort civile du mari. Il est incontestable qu'elles n'ont pu diriger leur intention sur le cas du divorce encore inconnu à l'époque où leur union a été célébrée; et c'est ce que manifeste clairement la lecture de la clause entière de leur contrat, qui porte en substance *que la future, EN CAS DE PRÉDÉCÈS DU FUTUR, prélèvera son Douaire que son futur lui gage..... pour*

Digitized by Google

être exercé du jour de la dissolution du mariage. C'était donc le seul cas du prédécès que les parties avaient en vue; et, par conséquent cette clause, loin d'être favorable à la femme, pourrait, au contraire, lui être opposée avec quelqu'apparence de raison, puisque, entendue dans un sens restrictif, elle semble exclure les autres cas qui, comme nous allons le voir, donnaient ouverture au Douaire d'après les usages de la province. Ce qu'il y a du moins de très certain, c'est que l'on ne peut pas en argumenter pour prétendre que la dissolution du mariage arrivée depuis par une cause indépendante de la mort naturelle ou civile du mari, constitue l'accomplissement de la condition que cette clause a prévue.

» La seconde violation articulée, celle qu'on fait résulter des dispositions de la coutume locale qui regissait les parties, pourrait paraître plus plausible; car encore bien que la coutume de Normandie, de même que les autres coutumes de France, ne connût pas le *divorce* dans le sens où ce mot doit s'entendre aujourd'hui, et qu'elle ne pût pas par suite en déterminer directement les effets, on sait, cependant, que par un usage particulier à cette province, la séparation de biens y donnait ouverture au Douaire; et comme le divorce, tel qu'il est admis presentement parmi nous, emporte nécessairement séparation de biens, on pourrait en conclure également qu'il doit donner ouverture au douaire.

» Mais, en supposant cette conséquence juste, ce que nous examinerons bientôt, s'ensuivrait-il qu'il fallût casser l'arrêt qui l'aurait rejetée? Rien de plus constant que l'usage qui assurait à la femme normande l'ouverture de son Douaire en cas de séparation de biens: la cour de cassation elle-même l'a formellement reconnu dans les *considérant* de son arrêt du 25 thermidor an 13, rendu au rapport de M. Coffinhal. Mais cet usage, quelqu'incontestable qu'il fût, n'était fondé sur aucune loi; disons mieux, il était diamétralement opposé au sens véritable des art. 396 et 397 de la coutume, qui portent, l'un: *Femme n'a Douaire sur les biens de son mari, si elle n'était avec lui lors de son décès;* l'autre: *ce qui se doit entendre quand elle a abandonné son mari sans cause raisonnable, ou que le divorce*, (c'est-à-dire la séparation,) *est advenu par la faute de la femme; mais s'il advient par la faute du mari ou de tous deux, elle aura son Douaire.*

» Que signifie, en effet, le dernier de ces articles? que lorsque la séparation est arrivée par la faute du mari ou des deux epoux, la femme aura son Douaire, encore qu'elle ne soit pas avec lui au jour du décès. Mais à quelle époque jouira-t-elle de ce Douaire? *au jour du décès*: l'un et l'autre de ces articles ne disent pas autre chose.

» On ne conçoit donc pas comment on a pu conclure de ces dispositions que le Douaire de la femme fût ouvert par la séparation de biens; et l'on voit, en effet, que la chose forma tellement difficulté, qu'un arrêt de 1650, qui avait fixé la jurisprudence ayant été attaqué par voie de requête civile, l'affaire fut appointée au conseil et longuement discutée, encore que la matière ne fût nullement disposée pour un pareil mode de recours.

» Ainsi, l'on ne peut pas dire que ce fût la coutume de Normandie qui servit d'appui à l'usage exorbitant du droit commun qui fixait, en cette province, l'ouverture du Douaire à l'époque de la séparation de biens. Cet usage n'était fondé que sur la jurisprudence des tribunaux du pays; et quelque bien établie que fût cette jurisprudence, il serait difficile d'accuser de contravention à quelque loi, l'arrêt qui s'en serait écarté.

» Ainsi, en supposant applicables au divorce les anciens usages de Normandie sur l'effet de la séparation de biens, il nous semblerait impossible de casser l'arrêt qui les a méconnus, puisque les motifs qu'il a puisés dans les dispositions du Code Napoléon pour écarter l'application de ces usages à l'espèce, fussent-ils erronés, ne formeraient pas une ouverture de cassation.

» Mais ces motifs sont-ils réellement vicieux? Les dispositions du Code Napoléon ne suffisaient-elles pas pour écarter de la cause toutes les inductions qu'on eût voulu tirer des anciens statuts locaux, lors même que ces statuts eussent été bien clairs et bien formels sur les effets de la séparation de biens? Telle est la seconde question qu'il convient d'examiner.

» L'art. 1452 du Code sur lequel la cour d'appel a formé son système, est ainsi conçu: *La dissolution de communauté opérée par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme; mais celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle ou civile de son mari.*

» Or, est-ce donner un effet rétroactif à cet article, que de l'appliquer au droit de survie, à un douaire stipulé avant la promulgation du Code, lorsque la cause de dissolution de la communauté n'est survenue que depuis? A cet égard, il nous semble qu'il faut distinguer.

» Si, d'après les anciens principes, la cause de dissolution de communauté à laquelle on voudrait attacher l'effet de donner ouverture au Douaire, avait été admise, la clause du contrat de mariage par laquelle cette circonstance aurait été expressément ou tacitement prévue comme une des conditions de l'ouverture du Douaire, n'aurait pas pu être anéantie par la disposition d'une loi postérieure. Ainsi, sans sortir de notre espèce, nul doute que dans un tribunal qui croirait devoir suivre littéralement les anciens usages de la province de Normandie, la separation de biens prononcée depuis le Code, ne donnât ouverture au Douaire stipulé antérieurement, puisque décider le contraire ce serait tromper l'espérance sous laquelle les époux auraient célébré leur union, et donner à l'art. 1452

Digitized by Google

du Code, l'effet d'enlever à un tiers un droit irrévocablement acquis.

» Mais lorsque la cause de dissolution de communauté est elle-même une cause nouvelle introduite par le Code Napoléon, telle que le divorce, peut-on y attacher les effets que la loi ancienne attachait aux autres modes de dissolution de la communauté? N'a-t-il pas dépendu, au contraire, de la loi nouvelle qui l'a introduite, d'en régler et d'en modifier les effets? Peut-on dire qu'en appliquant au Douaire cette disposition qui déclare que le divorce ne donne pas ouverture aux droits de survie, les juges tromperaient l'espérance légitime des époux, lorsque les époux n'ont pu prévoir, à l'époque de leur contrat, la possibilité même de ce divorce? Et les juges qui, ne pouvant suivre que les dispositions de la loi constitutive du divorce dans celle de ses dispositions qui regit les personnes, n'ont également voulu suivre qu'elle seule dans celle de ses dispositions qui régit les biens, ont-ils par-là donné à la loi un effet rétroactif? C'est ce qui peut tout au moins paraître douteux.

» Il est vrai que le divorce entraîne la séparation de biens, et que la separation de biens donnait, en Normandie, ouverture en Douaire. Mais c'était la séparation de biens produite par les causes qu'admettait la coutume, c'est-à-dire, par la dissipation du mari, qui produisait cet effet. C'était pour empêcher le Douaire de la femme de devenir la proie des créanciers, que la loi lui en assurait l'exercice. Or, la séparation de biens opérée par le divorce, n'offre rien de semblable à craindre. Elle peut se trouver alliée à la plus grande solvabilité de la part de l'époux débiteur du Douaire. La femme n'a donc nul motif constant de le réclamer. Débarrassée d'ailleurs par la dissolution complète du mariage, de l'obligation de supporter les charges du ménage et de fournir des alimens à son époux, obligation sur laquelle était encore fondée son action en distraction du Douaire, de quel droit viendrait-elle tourner contre son mari une disposition qui n'a en que l'avantage commun pour objet? De quel droit viendrait-elle arracher à son époux une portion de sa fortune, en vertu d'une disposition qui lui permettait seulement de la soustraire aux saisies des créanciers, pour l'employer au bénéfice commun? Et ne serait-ce pas méconnaître à la fois l'esprit de la loi ancienne et celui de la loi nouvelle, que d'appliquer à des époux désormais étrangers l'un à l'autre, des dispositions qui n'avaient pour objet que de leur assurer des alimens dans une union encore subsistante?

» En supposant donc que l'usage qui voulait que la femme separée de biens pût réclamer son Douaire, que cet usage fût en Normandie fondé sur une loi formelle, il nous semblerait difficile de soutenir que la cour d'appel n'ait pas pu se dispenser d'appliquer cet usage à un divorce prononcé d'après les lois nouvelles; et nous croyons, au contraire, que la cour d'appel n'a rien fait que de très raisonnable, en déterminant les effets du divorce par les dispositions de la loi qui l'a introduit parmi nous, c'est-à-dire, par les dispositions du Code Napoleon.

» Par ces motifs, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande ».

Par arrêt du 5 mai 1807, au rapport de M. Basire, — « Attendu que la dissolution du mariage n'a été opérée ni par la mort naturelle ni par la mort civile du mari, seuls cas de dissolution prévus par le contrat de mariage de Jeanne-Nicolasse Lair; — Attendu que le mariage de ladite Lair n'a été dissous que par le divorce, mode de dissolution qui n'était pas connu dans la coutume de Normandie, et qui n'a été admis que par des lois postérieures au mariage de la femme Lair; — Attendu dès-lors que ni la convention ni la coutume n'étant applicables à l'espèce, la cour d'appel de Caen a dû nécessairement baser son arrêt sur l'art. 1452 du Code civil; — La cour rejette.... »

On voit par les conclusions de M. Girault, sur lesquelles est calqué cet arrêt, que, d'après les anciens usages, la cour d'appel eût dû juger tout autrement, si, au lieu de faire prononcer son divorce, Jeanne-Nicolasse Lair n'eût obtenu qu'une séparation de biens.]]

III. Lorsque le Douaire est ouvert par la mort naturelle du mari, la veuve est-elle saisie de plein droit de son Douaire, ou est-elle obligée d'en demander la délivrance?

Elle en est saisie de plein droit dans le plus grand nombre des coutumes. L'art. 236 de la coutume de Paris s'explique ainsi: *Douaire, soit coutumier ou préfix, saisit sans qu'il soit besoin de le demander en jugement, et courent les fruits et arrérages du jour du décès du mari.*

On tire de cette disposition, qui est devenue un principe de droit coutumier en cette matière, la conséquence que la femme peut d'elle-même se mettre en possession des héritages sujets à son Douaire, et qu'elle peut intenter la complainte en cas de trouble. Cependant, lorsque les héritages sujets à son Douaire, se trouvent dans la possession de tiers acquéreurs, elle est obligée de se pourvoir contre eux; et les fruits de son Douaire sur ces héritages ne commencent que du jour de son action.

Lorsque le Douaire de la femme consiste dans une certaine somme payable par les héritiers, elle est pareillement obligée de demander cette somme; mais les intérêts en courent de plein droit contre eux du jour de l'ouverture du Douaire.

Dans les coutumes de Berri et de Montargis, où la femme est saisie de plein droit, si elle a négligé de se mettre en possession des biens sujets à son Douaire, elle n'en peut demander les fruits aux héritiers que des cinq dernières années; et, dans la coutume de Montfort, lorsque le Douaire est préfix, la veuve doit le demander dans l'an et jour du décès, autrement ce Douaire n'a d'effet que du jour qu'il est demandé. C'est ce que portent aussi les coutumes de Mante et de Dourdan.

Lorsque la veuve a le choix d'un Douaire préfix ou du Douaire coutumier, ne commence-t-elle à

Digitized by Google

être saisie que du jour de son option? Pothier pense que ce choix ne doit point empêcher que l'option n'ait un effet rétroactif au jour du décès du mari, et nous croyons qu'effectivement on doit le décider ainsi dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées.

Dans celle du Grand-Perche, art. 114, la veuve n'est saisie que du jour de son option.

[Dans la Normandie, le Douaire n'est dû que du jour qu'il est demandé, à moins qu'il n'en soit autrement convenu par le contrat de mariage. C'est la disposition de l'art. 368 de la coutume.

Il s'est élevé, en 1628, une difficulté sur cet article : il s'agissait de savoir si la veuve du fils, qui, après la mort de son mari, avait demandé son Douaire sur les biens de sa succession, était obligée, après le décès de son beau-père, de réitérer sa demande sur les biens de celui-ci.

Cette question ne pouvait, comme on voit, se présenter qu'en Normandie, puisque par-toutailleurs la femme n'a Douaire sur les biens des ascendans de son mari qu'autant qu'il leur a survécu.

Par arrêt du 8 février 1628, rapporté par Bérault et par Basnage, art. 368, il a été jugé que le défaut de nouvelle demande n'ôtait pas à la veuve le droit de prétendre tous les arrérages de son Douaire échus depuis la mort de son beau-père; « que c'était assez qu'elle l'eût demandé après la mort de son mari, pour lui être acquis sur la succession du fils et du père; qu'elle n'avait qu'un seul Douaire sur l'une et l'autre succession; que la possession en était seulement différée après la mort du père, et qu'alors il n'avait point été nécessaire de faire une nouvelle diligence, parcequ'elle ne le prenait que sur la part qui fût échue à son mari, s'il eût été vivant au temps du décès de son père; que son Douaire n'avait qu'une seule cause, qui était son mariage; et qu'elle ne le prenait que sur une seule succession, à savoir sur celle de son mari, qui fût venue à ses enfans, si elle en avait eu ».]

[[*V.* le plaidoyer du 25 thermidor an 13, rapporté à l'article *Gains de survie*, §. 7.]]

Dans les coutumes de Senlis, d'Etampes, de Châteauneuf, la veuve est bien saisie du Douaire coutumier, mais elle ne l'est pas du Douaire conventionnel; tandis, au contraire, qu'elle l'est de celui-ci dans la coutume de Blois, et qu'elle ne l'est point du Douaire coutumier.

Cette variété de coutumes fait que l'on sait la loi du pays de la situation de chaque immeuble sujet au Douaire, soit coutumier ou conventionnel; mais si un Douaire de cette dernière espèce consistait dans une rente viagère ou dans une somme particulière dont le mari se fût constitué débiteur, ce serait la loi du domicile qu'avait le mari lors du contrat, qui servirait de règle à cet égard.

§. II. *Exercice du Douaire.*

I. L'exercice du Douaire, lorsqu'il consiste en usufruit, exige ordinairement un partage entre la veuve et les héritiers du mari. Il y a quelques coutumes qui prescrivent une manière de faire ce partage; mais, dans celles où il n'y a rien de prescrit à cet égard, on suit l'usage observé dans la coutume de Paris. On commence par une estimation du revenu des immeubles sujets au Douaire, et chacun de ces immeubles est compris dans la masse pour le revenu qu'il produit. La masse étant arrêtée, le partage se fait en deux lots. Lorsque les parties ne peuvent point s'accorder, ce partage se fait par experts dont les parties conviennent, ou que le juge nomme d'office; ensuite les lots se tirent au sort. Si les lots ne peuvent se faire sans quelque retour, ce retour se fait en une rente payable chaque année pendant que dure le Douaire. *V. Partage.*

Quand les parties ont des prétentions les unes contre les autres, elles les discutent dans le temps du partage. L'héritier est obligé de tenir compte à la femme des aliénations faites par le mari, des dégradations qu'il a commises (1), des prescriptions qu'il a laissé acquérir, etc. La douairière, de son côté, est obligée de souffrir la déduction des sommes qu'il en a coûté au mari pour amortir des rentes dues sur les héritages, de ce qu'il a déboursé pour des retours de partage, pour des augmentations ou des améliorations considérables, etc.; et si la veuve était commune, les choses doivent s'arranger par la voie de la compensation, de manière toutefois que si le mari, toute déduction faite, se trouvait encore débiteur, la veuve n'a point, pendant la durée du Douaire, de récompense de la part qu'elle avait comme commune dans les sommes que son mari a tirées de la communauté, parcequ'elle profite de ces mêmes sommes comme douairière.

Lorsque les biens qui se trouvent dans la succession du mari, ne sont pas suffisans pour remplir le Douaire, la veuve peut en revendiquer le surplus contre les tiers détenteurs, à commencer par ceux des derniers héritages aliénés en remontant aux plus anciens, jusqu'à ce que le Douaire soit parfaitement rempli; car il est de l'équité que les choses se passent de façon à occasionner le moins de dérangement qu'il est possible; de sorte que si les biens qui restent dans la succession suffisent pour cela, comme la femme est dès-lors sans intérêt pour rechercher des tiers détenteurs, elle est de même sans action; c'est un point de jurisprudence sagement établi et généralement reçu.

Observez que si la femme avait consenti à l'aliénation des héritages sujets à son Douaire, elle serait non-recevable à rechercher les acquéreurs, elle n'aurait qu'une indemnité à prétendre contre les héritiers du mari.

Pothier ajoute que, quoique la femme n'eût pas consenti à l'aliénation, si néanmoins elle avait ac-

(1) On a jugé au parlement de Rouen, que les héritiers devaient faire raison à la femme d'une coupe de bois de haute futaie, vendue durant le mariage, sur un fonds sujet au Douaire. *V.* Bérault sur la coutume de Normandie.

Digitized by Google

cepté la communauté, elle serait exclue pour moitié de son action contre les acquéreurs.

[C'est aussi ce que vient de juger le parlement de Bretagne. — Jean Gicquel étant mort le 24 janvier 1761, Marie Poureison, sa veuve, reclama son Douaire le 19 avril suivant, contre Armel Daniel, acquéreur de la métairie de la Fosse, bien propre de Gicquel, et vendu par celui-ci pendant la communauté, sans le consentement de sa femme. — La veuve était encore dans le délai où elle pouvait renoncer à la communauté; Daniel voyant qu'elle entendait effectivement y renoncer, consentit par ses défenses, en date du 13 mai 1761, de lui payer une rente pour son Douaire. — La veuve Gicquel répondit, le 20 mai, que l'offre était insuffisante; et le 30 juillet elle fit signifier un acte par lequel elle prit, pour la première fois, la qualité de *commune*. — Le 13 août, réplique de Daniel, que cette qualité rendait la veuve non-recevable; qu'elle était débitrice solidaire de toutes les obligations de la communauté; que conséquemment elle devait garantir l'acquéreur de son mari, d'où il suivait qu'elle ne pouvait l'évincer. — La veuve soutint que Daniel était non-recevable à rétracter son offre; au fond, ajouta-t-elle, son système n'est pas admissible : la femme a hypothèque pour son Douaire du jour de son mariage; le mari ne peut y préjudicier par son fait. La femme a la saisine du tiers de la terre de son mari pour son Douaire, si elle ne le perd de son assentiment et de son fait; et par ce moyen elle peut, après la mort de son mari, reconvrer son Douaire sur les biens à la vente desquels elle n'a pas consenti. Cela résulte des art. 471 et 472 de la coutume. — Sur ces moyens respectifs, sentence du juge de Malestroit, le 17 avril 1762, qui déclare la veuve Gicquel non recevable en sa demande, attendu sa qualité de commune, et la condamne aux dépens. — Sur l'appel au siége royal de Ploërmel, cette sentence a été réformée, et Daniel condamné à payer à l'appelante 25 liv. de rente pour son Douaire sur la métairie de la Fosse, sauf à lui à se pourvoir pour ses reprises, tant contre la succession abandonnée de feu Gicquel, que contre la communauté. — Appel au présidial de Vannes, qui infirme la sentence de Ploërmel. — La veuve s'en rend appelante au parlement de Bretagne et meurt. Ses héritiers reprennent la cause. — A l'assertion que la veuve commune était, en Bretagne, solidairement obligée aux dettes de la communauté, ceux-ci opposaient les art. 426 et 435 de la coutume, un arrêt de 1690, rapporté par Hevin sur l'art. 435, et la note de Poullain du Parc sur cet arrêt. — Ils faisaient encore valoir un arrêt de 1727, rapporté par Poullain du Parc sur l'art. 438, note 10, qui accorde à la femme commune la revendication de ses propres aliénés sans son consentement, sauf les dommages-intérêts de l'acquéreur contre la communauté. — Mais voici ce qu'y répondaient les héritiers de l'acquéreur : « La grande faveur, donnée en Bretagne au principe de la conservation des propres dans les familles, a fait admettre, en ce cas, une exception à la règle *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* Ici, au contraire, la veuve revendique l'usufruit des propres de son mari; et si elle recevait d'une main les 25 liv. de rente, elle les remettrait de l'autre à l'acquéreur pour indemnité de l'éviction; circuit vicieux qu'il fallait éviter ». — En conséquence, arrêt le 23 août 1784, au rapport de M. de Malefilâtre, qui ordonne l'exécution de la sentence de Malestroit, du 17 avril 1762, et condamne les héritiers de la veuve aux dépens.

On peut encore voir sur cette matière l'auteur anonyme du Commentaire sur la coutume de Bretagne, imprimé à Nantes, art. 472; Basnage, sur l'art. 372 de la coutume de Normandie; le Commentaire d'Olivier de Saint-Vaast sur les coutumes du Maine et d'Anjou; le Dictionnaire de droit normand, tome 1, page 677, et tome 3, page 98. Toutes ces autorités viennent à l'appui de l'opinion adoptée par l'arrêt.]

II. Quand le Douaire est conventionnel, et qu'il consiste dans un usufruit d'immeubles, il suit les mêmes règles que le Douaire coutumier; mais quand il consiste dans une rente viagère ou dans une somme d'argent, soit en usufruit, soit en propriété, il est regardé comme une dette personnelle à la charge des héritiers, chacun pour sa part et portion. Sur ce principe, il a été décidé, par un arrêt du 11 août 1710, rapporté au supplément du cinquième tome du Journal des audiences, que la douairière donataire à titre universel d'une quotité des biens de son mari, devait faire confusion sur elle de ce Douaire, relativement à la part pour laquelle elle était tenue des autres dettes de la succession. Au surplus, quant aux hypothèques, le Douaire conventionnel mobilier suit les mêmes règles que les autres créances hypothécaires.

§. III. *De ce qui entre dans l'exercice du Douaire et de la manière de l'exercer.*

I. Le Douaire s'exerce lorsque la veuve jouit par elle-même ou par autrui, des immeubles qui y sont sujets. Nous disons *par autrui*, parceque la douairière peut affermer son droit d'usufruit, et même le vendre, sauf dans quelques coutumes le *retrait de consolidation*, [[qui est abolî par la loi du 13 juin 1790. *V. Retrait de consolidation.*]]

Cet usufruit consiste dans la perception générale de toutes les espèces de fruits, soit naturels, soit civils, qui dépendent des immeubles sujets au Douaire. *V. Usufruit.*

II. On demande si la douairière qui n'était pas commune ou qui a renoncé, est tenue, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au Douaire, de rembourser l'héritier des frais de labour et de semence faits par le mari pour les fruits qui étaient pendans lors de l'ouverture du Douaire, et qu'elle a perçus pour sa part?

Renusson tient l'affirmative, en partant de la maxime qu'on ne peut appeler *fruits* que ce qui reste

Digitized by Google

après les dépenses déduites, *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis ;* mais Pothier fait judicieusement remarquer que cette règle de droit n'est applicable qu'aux personnes comptables de fruits par elle perçus, et qui ne leur appartenaient pas ; et en comparant le Douaire au legs d'un héritage qui donne au légataire le droit d'en jouir dans l'état où il se trouve, sans aucune déduction des dépenses dont il s'agit, on peut dire que ces mêmes dépenses font partie de ce qui a été donné à la femme par la loi ou par la convention. C'est aussi l'avis de Lemaître, sur la coutume de Paris, [et il a été adopté par l'art. 154 de la coutume du comté d'Eu, ainsi que par l'art. 16 du tit. 10 de celle de Metz], [[et par l'art. 585 du Code Napoléon.]]

III. Les fruits civils, tels que les loyers, les fermages, les arrérages de rentes, produits pendant l'exercice du Douaire, sont acquis à la douairière du jour qu'ils existent; et ils existent aussitôt qu'ils sont dus, quand même ils ne seraient pas encore exigibles. Ainsi, en supposant que la douairière jouisse d'une métairie affermée 500 liv. payables à la Toussaint, et qu'elle vienne à mourir au mois de septembre précédent, comme elle sera morte après la récolte, ses héritiers auront le prix de la ferme ; tandis qu'ils n'auraient rien eu si son décès fût arrivé avant cette même récolte. Si, par événement, elle était morte dans le temps même de la moisson, ses héritiers auraient la moitié, un tiers, un quart plus ou moins dans le prix de la ferme, suivant que la récolte aurait été faite, ou pour la moitié ou pour le tiers, etc., lors du décès.

[C'est ce que décide expressément Loysel, en ses *Institutes coutumières*, liv. 1, tit. 3, art. 37, en ces termes : « La douairière gagne les fruits sitôt qu'ils sont perçus, et son héritier les perd si elle décède auparavant ». — Les coutumes d'Amiens, art. 74 ; de Vitry, art. 94 ; de Calais, art. 64 ; de Bretagne, art. 600 ; de Clermont en Beauvoisis, art. 165 ; de Gorre, tit. 6, art. 15 ; de Sédan, art. 211 ; d'Eu, art. 154 ; de Bourbonnais, art. 263 ; de Chaulny, art. 125 ; de Metz, tit. 10, art. 16, confirment cette règle par les dispositions les plus précises ; et elles ont été étendues à celles qui n'en disent rien, par deux arrêts du parlement de Paris, l'un prononcé en robes rouges le 19 mai 1589, et rendu sur un procès évoqué du parlement de Bourgogne (1), l'autre du 7 septembre 1612, infirmatif d'une sentence des requêtes du palais (2).

Cette jurisprudence, qui ne paraît plus contredite aujourd'hui dans le ressort du Parlement de Paris, a eu bien de la peine à s'établir : il avait été rendu le 15 décembre 1565, un arrêt qui avait décidé absolument le contraire (3), sur le fondement que la jouissance de la douairière n'est pas tout-à-fait gratuite ; qu'elle a été accordée à la veuve pour lui tenir lieu d'alimens, et la mettre en état de soutenir, avec honneur, le nom et la condition du défunt ; et que, dès-là, il semblait juste de la traiter comme le mari par rapport aux fruits du fonds dotal, et le bénéficier par rapport aux fruits de son bénéfice.

Ces raisons, et la circonstance qu'en Normandie il ne se fait presque point de mariage où le mari n'ait un don mobil qui embrasse ordinairement le tiers des biens de la femme, (ce qui fait du Douaire de celle-ci un titre onéreux dans toute l'étendue de ce terme), ont déterminé le parlement de Rouen à continuer de juger comme on l'avait fait à Paris en 1565. Nous en avons trois arrêts : le premier, rapporté par Berault, sur l'art. 382 de la coutume de Normandie ; deux autres du 2 juillet 1662 et de 1667, cités par Basnage, sur l'art. 368 de la même loi.]

[[Aujourd'hui la règle est uniforme là-dessus dans toute la France. *V.* les art. 584, 585 et 586 du Code Napoléon, et *Usufruit.*]]

IV. A l'égard des loyers de maison et des arrérages de rentes, il est de règle par-tout que ces fruits-là se comptent de jour à jour, et les héritiers perçoivent tous ceux qui étaient dus à la douairière, jusqu'au jour de sa mort exclusivement, c'est-à-dire que ce dernier jour n'est pas compté, à moins qu'elle ne soit morte précisément au dernier instant de la journée.—[[*Code Napoléon, art.* 586.]]

V. Il est inutile d'observer que le droit d'usufruit d'un héritage emporte avec lui la jouissance de tous les accessoires qui en dépendent. Ainsi, la douairière qui jouit d'un vignoble doit jouir en même temps des pressoirs et des cuves qui y ont rapport.

Si l'héritage dont la douairière a l'usufruit, exigeait un passage par un autre héritage, l'héritier serait obligé de le fournir en l'assignant de la manière la moins incommode pour lui. *V. Servitude.*

§. IV. *Obligations attachées à l'exercice du Douaire.*

I. La douairière doit jouir des héritages sujets à son Douaire, comme un bon père de famille jouit de ceux dont il est propriétaire. Elle est, à cet égard, de la même condition qu'un usufruitier ordinaire. *V. Usufruit.*

II. Ainsi, et par la crainte qu'on peut avoir que la douairière ne malverse dans l'exercice de son Douaire, on exige d'elle un cautionnement comme on l'exige ordinairement des usufruitiers. Mais toutes les coutumes ne sont point uniformes sur cet article : celle de Nivernais distingue entre le Douaire qui consiste dans l'usufruit de choses mobilières, et le Douaire qui consiste dans la jouissance de fonds réels. Quand le Douaire ne consiste qu'en fonds, cette coutume se contente de la caution juratoire de la femme ; mais lorsqu'il a pour objet des choses mobilières, elle veut bonne et suffisante

(1) Chopin, sur la coutume d'Anjou, *lib.* 3, *cap.* 3, *tit.* 1, *n.* 5.
(2) Brodeau, sur Loüet, lettre F, §. 10.
(3) Charondas, liv. 9, rép. 162.

Digitized by Google

caution; sans quoi, l'héritier en est quitte pour payer l'intérêt de ces mêmes choses, jusqu'à ce que la femme ait donné cette caution bonne et suffisante.

Les coutumes d'Auxerre et de Châteauneuf exigent indistinctement une caution *selon la forme de droit*, ce qui ne peut s'entendre, comme l'observe fort bien Pothier, que de la caution fidéjussoire; car c'est celle que le droit romain exige des usufruitiers.

Dans la coutume de Bar, la douairière est dispensée de donner caution quand il y a des enfans, parcequ'on presume avec fondement que l'intérêt qu'une mère a pour eux suffit seul pour l'empêcher de malverser dans son usufruit; mais lorsqu'il n'y a point d'enfans ou qu'elle convole en secondes nôces, la caution est exigible.

Dans cette variété de coutumes, on s'en tient, pour le Douaire coutumier, aux dispositions de chacune de celles qui se sont expliquees, relativement aux héritages situés dans leur territoire; et dans celles qui ont gardé le silence à cet égard, on se réfère à l'art. 264 de la coutume de Paris, dont voici les dispositions : *Et au cas que ladite femme ne se remarie, aura délivrance de son Douaire à caution juratoire; mais si elle convole en autre mariage, elle sera tenue donner bonne et suffisante caution.*

Lemaitre a prétendu que, lorsque le Douaire conventionnel était en propriété, la femme ne laissait pas d'être tenue de donner caution, sous prétexte qu'elle est obligée, en se remariant, de laisser ce Douaire à ses enfans : mais cette obligation n'est entrée pour rien dans l'esprit de l'article que nous venons de rapporter : l'intérêt des enfans est ménagé par d'autres dispositions qui n'ont aucun rapport au Douaire : c'est ce qui fait que Pothier a regardé l'opinion de Lemaître comme destituée de fondement.

Lorsque le Douaire est conventionnel, on doit suivre, pour le cautionnement, la coutume du domicile du mari lors du contrat, parceque la femme ne tient point alors son Douaire des coutumes, mais de la convention; et, si cette coutume ne s'explique pas, on se decide alors par la coutume de Paris, qui fait le droit commun sur cette matière.

[[*V.* les art. 601, 602, 603 et 604 du Code Napoléon.]]

III. Une autre obligation qui est à la charge de la douairière, est celle d'entretenir les baux que le mari a faits des biens sujets au Douaire : quelques auteurs ont pensé différemment; mais la saine opinion est qu'elle est obligée de les continuer, lorsqu'ils se trouvent faits sans fraude. [[*V. Bail*, §. 15.]]

IV. Elle est pareillement tenue d'acquitter les charges foncières des héritages dont elle jouit, ainsi que les autres charges annuelles et ordinaires, telles que les champarts, les vingtièmes, etc. Les impositions extraordinaires, comme pour le ban et l'arrière-ban, le rétablissement des pavés ou quelques reparations à un édifice public, sont encore sur son compte.

A l'égard des francs-fiefs, un arrêt du conseil du 13 avril 1751 a décidé, conformément à l'opinion de Bacquet, que ce droit était dû pour la jouissance; et qu'il devait être par conséquent à la charge de la douairière, quand elle ne jouissait pas du privilège de la noblesse. Il en serait autrement si elle n'avait l'exercice du fief que par composition avec l'héritier pour lui tenir lieu d'un Douaire préfix; elle pourrait être regardée alors comme une fermière, et les droits de franc-fief concerneraient le propriétaire, tout comme c'est lui que concernent la foi et hommage, ainsi que le relief ou rachat, dans le cas même où la jouissance du fief fait le vrai Douaire de la femme. Voici comme s'en explique l'art. 40 de la coutume de Paris : *La femme douairière n'est tenue, pour son Douaire, faire la foi et hommage, ni payer aucun relief ni profit; mais est tenu l'héritier l'en acquitter, et payer le profit, s'il est dû de son chef.* La disposition de cet article est fondée sur ce que ces sortes de droits sont le prix de l'investiture dont l'héritier a besoin pour conserver la propriété du fief; et si, faute par lui de remplir cette obligation, le fief était saisi, la douairière aurait contre lui une indemnité à prétendre pour la privation de son usufruit. Il en est de même des autres droits de mutation, tel qu'est celui qu'on nomme dans la coutume d'Orléans *relevoison à plaisir*; lorsque le changement de propriétaire y donne lieu, ces droits ne concernent nullement la douairière.

[[Il n'y a plus ni droits de francs-fiefs, ni droits de relief ou de relevoison. Mais le droit d'enregistrement donne lieu aux mêmes questions; et il faut tenir pour règle, 1°. que le droit d'enregistrement auquel le Douaire donne ouverture, est à la charge de la douairière; 2°. que la douairière peut être contrainte par la régie de l'enregistrement, à payer le droit auquel donne lieu la transmission de la propriété nue aux héritiers; 3°. que pour ce dernier objet, elle a son recours contre ceux-ci. *V. Enregistrement*, §. 38; et mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 334.]]

V. Toutes les obligations attachées à l'exercice d'un Douaire, ne concernent pas uniquement la douairière; l'heritier, de son côté, est tenu envers elle de toutes celles que la raison seule indique par elle-même : ainsi, il est obligé de souffrir qu'elle jouisse de son Douaire dans toute son étendue; il ne doit rien detruire de ce qui en constitue l'usage, pas même les bois de haute futaie, qu'on regarde comme un agrément qui fait partie de la jouissance, à moins que les bois ne soient couronnés, et qu'ils ne tombent dans le dépérissement, ou que l'héritier n'en ait besoin pour de grosses réparations à sa charge. Il ne peut pas non plus charger les héritages d'aucune servitude, ni en remettre aucune de celles qui sont dues à ces mêmes héritages.

SECTION III. — §. 1. *Extinction du Douaire.*

I. Le Douaire s'éteint de la même manière que s'éteint tout autre droit d'usufruit.

Digitized by Google

Ainsi, 1°. il s'éteint par la mort naturelle de la femme.

[2°. la mort civile qui s'opère, soit par condamnation, soit par fuite hors du royaume, produit-elle à cet égard le même effet que la mort naturelle?

Des auteurs de poids soutiennent la négative, et leur sentiment a été adopté par M. l'avocat général Portail, lors d'un arrêt du 26 février 1706, rapporté dans le Recueil d'Augeard. « Il y a une grande différence (disait ce magistrat) entre la communauté et le Douaire. La communauté se dissout par la mort civile; le Douaire qui n'a lieu que par la mort naturelle du mari, ne peut aussi être éteint que par la mort naturelle de la femme. *Nihil naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est.* Loi 35, D. *regulis juris.* En effet, le Douaire tenant lieu d'alimens, ne doit s'éteindre que par la mort naturelle de la femme, puisque les alimens sont de droit naturel, et qu'ont jamais été compris dans les lois qui déclarent quelqu'un deehu des effets civils ».

Cette opinion, comme l'observait M. Portail dans le même plaidoyer, a été confirmée par un arrêt rendu sur productions le 29 juillet 1695. Il s'agissait de savoir si le Douaire d'une veuve morte civilement par l'effet de sa retraite hors du royaume pour cause de religion, était consolidé à la propriété, ou si ses plus proches parens devaient en jouir pendant sa vie naturelle. L'arrêt a adopté ce dernier parti. La cause avait d'abord été portée à l'audience; mais la cour y avait trouvé trop de difficultés pour la décider tout de suite, et elle l'avait appointée. Voici comment avait conclu M. de Lamoignon, avocat général. « Il dit qu'il n'y avait point de doute qu'en France ceux qui s'absentaient du royaume et qui se réfugiaient chez les étrangers, ne fussent morts civilement...; qu'après cela, il fallait voir si une telle mort civile donnait lieu à l'extinction du Douaire, et que pour cela, il fallait en considérer la nature et les effets; que la nature du Douaire était telle, que de tout temps il avait été en usage chez les Français; en sorte qu'on pouvait dire qu'il leur était comme naturel; que Tacite en faisait foi dans son livre *de moribus Germanorum*....; que les femmes ne l'avaient que *solutii loco*; qu'ainsi il n'y avait pas d'apparence qu'il fût éteint par la mort civile; *civilis ratio civilia jura corrumpere potest, naturalia verò jura non utique, et ea quæ naturalem præstationem habent civili jure non tolluntur*; que d'ailleurs, par nos coutumes, il est visible que le Douaire ne se perd que par la mort naturelle, puisqu'elles ne se servent pas du terme de *mort*, mais de *décès* et *trépas*, qui signifient proprement la mort naturelle; et que, suivant Dumoulin, sur la règle *de infirmis resignantibus*, il est de principe que *statutum loquens de morte, intelligitur de morte naturali, non de civili, nisi in casibus jure expressis*». (Journal des audiences, tom. 4, pag. 422, édit. de 1733.)

Ces raisons ont déterminé en définitive l'arrêt dont nous parlons. Et Rousseaud de La Combe, qui nous le présente au mot *Douaire*, sect. 7, comme ayant jugé que la mort civile encourue par le religionnaire fugitif, n'emporte pas l'extinction du Douaire, ajoute que la même chose a été jugée par un autre arrêt rendu à la grand'chambre le 1er septembre 1739, au rapport de M. de Monthulé, entre le sieur Bigot et le sieur Cottin.

3°. Mais que deciderons-nous par rapport à la mort civile à laquelle la profession religieuse donne lieu?

Nous avons sur cette question plusieurs arrêts des parlemens de Paris, de Rouen et de Dijon.

En 1626, Gabrielle Foucart, veuve de Jean Duval, se fait religieuse au couvent de S. François de Paule d'Abbeville. Les supérieure et religieuses de ce couvent poursuivent les héritiers du mari, pour les contraindre à leur continuer le Douaire. Elles obtiennent sentence provisoire à la sénéchaussée de Ponthieu. Les héritiers en appellent. La cause portée à l'audience de la grand'chambre du parlement de Paris, M. l'avocat général Bignon a dit que la faveur du Douaire devait le faire survivre à la mort civile encourue par la veuve religieuse; que « le pratiquer autrement, ce serait détourner les veuves de l'entrée et profession en religion, l'asile le plus assuré qu'elles puissent choisir.... Guy-Pape, quest. 595, rapporte que le parlement de Dauphiné l'a ainsi pratiqué, et conservé le Douaire à plusieurs veuves qui étaient entrées en religion. Il est autant et plus raisonnable de leur conserver leur Douaire en ce temps-ci qu'en celui-là. Dans le particulier, Gabrielle Foucart était, comme fondatrice du couvent d'Abbeville, par bulles vérifiées au parlement, suivant lesquelles elle y a porté tout son bien dont ce Douaire fait partie ». — Par arrêt du 23 janvier 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 21, la cour a mis l'appellation au neant; et évoquant le principal, a ordonné que la sentence provisoire *demeurerait définitive par manière de pension et alimens au monastere, sans dépens.*

Nous voyons dans le même Recueil, tome 2, liv. 51, chap. 20, que la même chose a été jugée peu de temps après, par un arrêt rendu en faveur des Carmélites de Paris.

Mais en 1635, la question s'est présentée sous une autre face. Une veuve, avant de se faire religieuse, avait cédé son Douaire à son frère. On a demandé si celui-ci devait en jouir pendant la vie naturelle de sa sœur, et un arrêt du 14 mai a prononcé pour l'affirmative. Il est encore rapporté par Bardet, à l'endroit que l'on vient d'indiquer.

L'année suivante, la même espèce s'est représentée, et un arrêt du 2 juin l'a décidée de même. Voici mot pour mot les moyens dont se servaient les donataires de la veuve religieuse: « C'est mal argumenter du Douaire à l'usufruit. Il y a bien quelque ressemblance; mais ce n'est pas la même chose. L'usufruit procède ordinairement d'un don ou legs fait par une pure gratification et libéralité; et au contraire, le Douaire est une espèce de pension viagère, qui est stipulée au profit de la veuve pour

Digitized by Google

servir à l'entretenir pendant sa viduité. Le Douaire tenant lieu d'alimens, il est certain qu'il ne peut s'éteindre et s'amortir que par la mort naturelle seulement; étant constant que cette seule mort met la fin aux alimens. Pour ce sujet, nous voyons dans le droit romain, que les alimens ne sont point finis et éteints par une condamnation à la mort civile; au contraire, ils sont dus à toutes sortes de personnes, quelque condamnation qu'ils aient soufferte, quelque honteuse et infamante qu'elle soit: *Etiam damnato in metallum alimenta debentur*, dit la loi. Donc, à bien plus forte raison le Douaire ne doit point être éteint par une émission de vœux et profession religieuse, qui est l'action la plus louable et la plus glorieuse qu'on puisse jamais faire, et qui par conséquent, bien loin de meriter peine, est digne de louange et récompense. Aussi, par la disposition du droit romain, l'usufruit n'est point éteint et fini par les vœux et profession religieuse de l'usufruitier; mais tel usufruitier appartient au monastère aussi-bien que les autres biens de celui qui fait profession. Si, pour quelque considération d'etat, nos coutumes ont retranché ce dernier, touchant la dédication des biens; le même ne doit pas être à l'égard du premier, et nullement pour ce qui concerne le Douaire ». — On ajoutait que la donation faite par la douairière, n'avait pas été entièrement gratuite; que la veuve, en abandonnant son Douaire à ses frères, n'avait fait que les récompenser des sommes de deniers qu'ils avaient fournies pour les besoins du couvent. — Le dispositif de l'arrêt, qui a adopté ces moyens, merite d'être remarqué. Voici les termes dans lesquels il est retracé par Bardet: « La cour mit l'appellation et ce dont était appelé au néant; évoqua le principal, et y faisant droit, condamna les héritiers du mari au paiement de cinq années d'arrérages du Douaire dont est question, à compter du jour de la seconde demande, et à continuer le paiement dudit Douaire à l'avenir, tant et si longuement que durera la vie naturelle de Marguerite du Douet ».

Cet arrêt est aussi rapporté dans le Journal des audiences, et il y est observé qu'il en avait été rendu un semblable par la quatrième chambre des enquêtes trois semaines auparavant.

Mais il est à remarquer que, dans toutes ces espèces, le Douaire était modique, et n'excédait pas le taux des pensions alimentaires qu'il est permis aux religieuses de retenir pendant leur vie naturelle. Ainsi, d'après les arrêts que nous venons de rappeler, la question reste encore entière pour le cas général.

S'il en faut croire Brillon, artiele *Douaire*, n. 67, elle a été jugée dans ce cas-là même par un arrêt du 18 février 1716, et la decision a été, que le Douaire s'éteignait par la profession religieuse. Mais Brillon ne rapporte ni les circonstances de cet arrêt, ni les moyens sur lesquels il a été rendu; et par ce que nous disons à l'article *Usufruit*, sur la question de savoir si, d'après les arrêts que nous venons de rappeler, le droit de l'usufruitier survit en faveur de ses héritiers, à son entrée en religion, il est aisé de sentir qu'une pareille autorité ne suffit pas pour trancher une difficulté de cette espèce.

Au parlement de Normandie, il a été jugé, en janvier 1627, que le Douaire de Marie Turnet avait cessé par sa profession au couvent des Carmelites de Dieppe, quoiqu'elle en eût fait donation à son monastère avant d'y entrer, à la charge de la nourrir et entretenir sa vie durant; et que les religieuses opposassent que cette veuve ne pouvait pas avoir perdu, par ses vœux solennels, le droit de tirer sa subsistance du Douaire qui lui avait été donné pour cet objet.

Cet arrêt est rapporté par Bérant, sur l'art. 273 de sa coutume; et il paraît par ce qu'en dit Basnage sur l'art. 140, qu'il fait jurisprudence en Normandie. — Cela n'est pas étonnant; on a vu plus haut qu'en Normandie, la mort civile du mari est assimilée à sa mort naturelle, lorsqu'il s'agit de fixer l'ouverture du Douaire; pourquoi la mort civile de la femme ne serait-elle pas également considérée, quand il est question de faire cesser ce droit? On a remarqué ci-devant que MM. de Lamoignon et Portail pensaient qu'il devait y avoir à cet égard une parfaite réciprocité, et que c'était le cas de la règle, *nihil tàm naturale est quam unumquodque dissolvi eo genere quo colligatum est.*

A l'égard du parlement de Dijon, s'il juge constamment, comme on le voit au mot *Usufruit*, que la profession religieuse n'éteint pas l'usufruit ordinaire, on doit bien croire qu'il n'est pas dans ses maximes de faire cesser le Douaire d'une veuve, du moment qu'elle a prononcé des vœux solennels. Mais de tous les arrêts qu'il a sans doute rendus sur cette question, nous n'en trouvons que deux dans le *Traité de l'abus* de Févret, liv. 2, chap. 5, n. 38, et ils ont pour objet un cas particulier. Voici les termes de cet auteur: « Le parlement de Dijon, par arrêts des 12 février 1622 et 12 mai 1625, condamna les héritiers de maître Claude Balois de payer à Claude Calon, religieuse de l'Annonciade de Nancy, la somme de 150 liv. de pension annuelle que ledit Balois, son mari, lui avait accordée, quoiqu'elle eût fait depuis profession ».

[[Aujourd'hui l'usufruit, et par conséquent le Douaire, lorsqu'il consiste en usufruit, s'éteint par la mort civile comme par la mort naturelle. *V.* le Code Napoléon, art. 617.]]

II. Le Douaire peut s'éteindre du vivant de la douairière, et cela dans plusieurs cas. Il s'eteint d'abord par la remise qu'elle en fait à l'héritier.

[On juge même en Normandie que la mère peut faire cette remise à ses enfans, au préjudice de ses créanciers. Il y en a deux arrêts: l'un rendu au parlement de Paris le 17 février 1683, sur un procès évoqué du parlement de Rouen; et l'autre du parlement de Rouen même, en date du 16 mars 1689. Ils sont tous deux rapportés par Basnage, art. 382: et cet auteur remarque que, pour juger de la sorte, on est parti d'un argument *à simili*, tiré de l'art. 77 du règlement de 1666, suivant lequel les créanciers

Digitized by Google

du père qui a cédé son droit de viduité à ses enfans, ne peuvent pas réclamer contre la cession, quoiqu'elle ait été faite à leur préjudice et en fraude de leurs droits.]

[[On ne pourrait plus aujourd'hui juger de même. *V.* le Code Napoléon, art. 622.]]

Mais c'est une question si la veuve, ayant fait remise de son Douaire à son fils, propriétaire du fonds, cet usufruit peut revivre lorsque ce fils vient à mourir sans enfans du vivant de sa mère? Renusson décide cette question pour l'affirmative, parcequ'on doit présumer, dit-il, que la douairière n'a fait cette remise que par une considération personnelle pour son fils. Pothier pense, au contraire, que ce qui est éteint ne peut plus revivre : mais cette maxime ne nous paraît exactement vraie ni au physique ni au moral : elle est encore plus inexacte en jurisprudence que dans toutes les autres sciences de raisonnement; car combien de droits qui sont éteints dans certaines circonstances, ne reprennent-ils point dans d'autres leur force et vigueur?

Un droit éteint ne se ranime pas, si l'on veut, de lui-même; mais une cause quelconque peut le faire revivre, et la mort du fils dans le cas dont il s'agit, peut être une cause capable d'opérer cet effet. Supposons toutefois que le motif qui sert à la décision de Pothier, soit, dans la rigueur, conforme aux principes du droit étroit, il est toujours vrai de dire que la décision en elle-même répugne à certains sentimens puisés dans d'autres principes préférables, qui sont ceux de l'équité. Dans presque toutes les coutumes, il est dit que ce que le père et la mère donnent à l'un de leurs enfans, leur revient par droit de retour, quoiqu'à ne considérer que la nature des choses données, ils ne dussent pas y succéder. Mais comme on présume, avec fondement, qu'ils n'eussent pas fait la libéralité, si les choses n'eussent pas dû leur retourner, ou, pour mieux dire, comme on suppose qu'ils ont entendu qu'elles leur retourneraient au cas que l'enfant vînt à décéder avant eux, nous pensons dès-lors que le sentiment de Renusson sur le fait dont il s'agit, est préférable à celui de Pothier.

[Cette question s'est présentée en 1670 au parlement de Normandie; et elle a été jugée le 21 mars, conformément à ce que l'on vient d'établir; mais il y avait dans la cause, une circonstance particulière. *V. Réversion*, sect. 2, §. 1, n° 1.]

III. Le Douaire s'éteint encore par la prescription, lorsqu'on a laissé passer le temps prescrit par la loi sans faire usage de son droit ou sans le réclamer; c'est ce que nous avons vu en parlant de l'hypothèque du Douaire.

Il s'éteint de même par la résolution du droit qu'avait le mari dans l'héritage lors de la constitution du Douaire, ou lorsque la douairière acquiert la propriété de cet héritage; il y a alors une consolidation de l'usufruit à la propriété. Mais cet usufruit renaît, si le titre d'acquisition de la propriété est rescindé ou déclaré nul, soit pour le passé, soit pour l'avenir.

L'extinction de la chose produit enfin l'extinction du Douaire, mais il subsiste sur ce qui n'est qu'un changement de forme. *V. Usufruit.*

§. II. *Privation du Douaire.*

La femme peut quelquefois être privée de son Douaire, soit par des causes arrivées durant le mariage, soit pour d'autres causes survenues depuis la mort du mari.

I. L'adultère est une des causes de la première espèce pour lesquelles elle peut perdre son Douaire; mais il faut pour cela qu'il ait été obtenu contre elle une condamnation; et comme cette condamnation n'est prononcée qu'en faveur du mari et à sa considération, la loi lui laisse le pouvoir de la remettre; ce qu'il est censé avoir fait, lorsqu'il a vécu chez lui jusqu'à la mort avec sa femme. [[*V. Adultère.*]]

II. Une autre cause pour laquelle la femme peut être privée de son Douaire, c'est lorsqu'elle a abandonné son mari sans cause légitime, et qu'elle ne s'est point trouvée auprès de lui lors de son décès. Telles sont notamment les dispositions de l'art. 314 de la coutume d'Anjou, de l'art. 362 de la coutume de Normandie, et de l'art. 451 de celle de Bretagne.

[Fant-il, pour que la privation ait lieu, que le mari ait fait à sa femme une sommation juridique de revenir avec lui? Le 47e arrêté de M. Delamoignon sur le Douaire, établit que non; en voici les termes : « La femme qui a quitte et abandonné son mari, et n'était avec lui lors de son décès, demeurera déchue de plein droit de son Douaire, *encore que le mari n'eût fait aucune plainte de son absence....* ».

Brillon rapporte, sur cette matière, une espèce qui n'est pas bien circonstanciée, mais qui sert toujours à faire connaître que les dispositions des articles cités des coutumes de Normandie et de Bretagne, sont de droit commun. Voici ses termes : « Le lundi 7 juillet 1681, à l'audience de la première chambre des enquêtes, M. de Meaupeou, président, la cour confirma une sentence qui déclarait la dame veuve du comte de Neuchaise, déchue de son Douaire pour avoir abandonné son mari, sans être séparée par justice, et ne s'être pas trouvée auprès de lui lorsqu'il mourut : il était paralytique, il y avait déjà quelques années; et tomba malheureusement dans le feu, où il fut brûlé ou étouffé avant que d'être secouru. La conduite de la dame, sa femme, était pleine de beaucoup de légéreté ».

Nous avons dit que la privation du Douaire n'a lieu que lorsque la femme *a abandonné son mari sans cause légitime.* Tous ces termes doivent être bien pesés.

D'abord, il faut qu'il y ait *abandonnement*; et cette expression, dit Basnage, art. 377, « signifie quelque chose de plus qu'une simple absence. Pour rendre une femme coupable, il faut.... qu'elle ait tout-à-fait négligé (son mari) sans lui rendre au-

Digitized by Google

cun soin, et sans lui témoigner aucun souvenir de leur mariage ».

La seconde condition est que la femme n'ait pas eu de *cause légitime* pour abandonner son mari. Ainsi, lorsque la femme a été forcée par l'inconduite ou par les mauvais traitemens de son mari de demander sa séparation, ou lorsque les deux époux l'ont fait prononcer de concert pour incompatibilité réciproque d'humeurs et de caractères, le droit de Douaire est conservé à la veuve, pourvu qu'informée de la dernière maladie de son mari, elle se soit rapprochée de lui pour le secourir, ou que du moins elle l'ait sollicité sincèrement de la recevoir chez lui à cette fin. Les lois, en effet, n'ont intention que de punir la femme de l'oubli de son premier devoir, celui de consoler son époux dans les maux qu'il souffre; et lorsqu'elle a rempli ce devoir, ou qu'elle a fait tout ce qui dépendait d'elle pour le remplir réellement, il n'y a rien à lui reprocher.

C'est sur ces motifs qu'a été rendu au parlement de Bretagne un arrêt du 16 juillet 1661, dont Hevin nous retrace ainsi l'espèce, art. 451. « Dame Vincent Pavie, veuve de Messire Seau de Sauvaget Desclos, ayant agi pour son Douaire, l'enfant du premier mariage contesta le Douaire, parcequ'elle n'etait pas avec son mari lorsqu'il mourut. Elle repondit que son mari l'avait chassée de sa maison plusieurs années auparavant; que par ses mauvais traitemens, il l'avait obligée d'obtenir le 13 janvier 1660, un arrêt qui l'autorisait à vivre hors de la maison de son mari, et qui lui adjugeait une provision de 2,000 livres de rente; que d'ailleurs il était tombé malade dans une auberge à Rennes, qu'il ne le fut que quelques jours, qu'elle etait éloignée de trente lieues, qu'elle partit aussitôt qu'elle eut connaissance de la maladie que l'heritier affectait de cacher, mais qu'elle ne put arriver à Rennes que quelques jours après la mort. La cause ayant ete appointée à l'audience, plaidant Hevin pour la veuve, et Bourdin pour l'héritier, par arrêt du samedi 16 juillet 1661, au rapport de M. Marot, le Douaire fut adjugé ».

La dame Le Bigot de Linière, lors du décès de son mari arrivé dans une de ses terres en Anjou, était à Paris où l'avaient attirée la poursuite d'un procès contre lui et d'autres affaires de famille. L'héritier du défunt saisit cette circonstance pour contester à la veuve son Douaire, son deuil et son droit d'habitation. Mais par arrêt du 7 juillet 1738, le parlement de Paris ordonna qu'elle serait payée de son Douaire, qu'elle jouirait de son habitation suivant la coutume d'Anjou, qu'il lui serait fourni pour son deuil telle somme qui serait arbitrée, et que les memoires injurieux produits contre elle, seraient supprimés.

On peut encore voir sur cette matière l'arrêt du parlement de Nancy, du mois de janvier 1775, que nous rapportons à l'article *Gains nuptiaux*, §. 9.

Au surplus, on sent bien qu'il n'est pas possible de donner des règles certaines sur ces sortes de contestations : tout y dépend des circonstances; mais, comme l'observe Basnage à l'endroit cité, les juges doivent plutôt incliner en faveur de la veuve que des héritiers : *Odiosa restringenda*.

Mais voici un cas qui ne peut guère être douteux. Une femme a quitté son mari par caprice : instruite de sa maladie, elle ne pense pas à retourner chez lui. La maladie fait des progrès dont elle est informée, et elle persiste dans son indifference. Enfin elle apprend que l'instant fatal approche, et elle se présente au moment où son mari va rendre le dernier soupir. On demande si, dans ce cas, elle doit perdre son Douaire?

Hevin, sur l'art. 451 de la coutume de Bretagne, décide pour l'affirmative. Les rédacteurs, dit-il, « au lieu d'etablir que la femme est indigne de son Douaire, si elle n'a été avec son mari *au temps de la mort*, auraient dû dire, au temps de la maladie, *ut conquireret medicos, adhiberet remedia, assideret decumbenti*. Car ce n'est pas assez qu'elle se présente lorsqu'il pousse les derniers soupirs, et que la crainte de perdre son Douaire fait le motif de son retour, imitant en cela les vautours que l'avidité du carnage appelle auprès des cadavres ».

Nous trouvons la même doctrine et presque les mêmes termes dans Basnage, art. 376. C'était aussi l'opinion des anciens jurisconsultes de la Normandie, comme on le voit dans le *Recueil des Lois anglo-normandes*, tom. 1, pag. 459, et tom. 2, p. 110.

Lorsqu'une femme a abandonné son époux, et qu'il s'agit de savoir, après la mort de celui-ci, pour quelle cause elle l'a fait, les héritiers à qui elle demande son Douaire, sont-ils reccvables à lui opposer sa mauvaise conduite, et peuvent-ils être admis à en faire preuve?

Ce qui pourrait faire pencher pour la négative, c'est le principe que le mari seul est en droit d'accuser sa femme d'adultère; et que ne l'ayant pas fait de son vivant, ses héritiers ne doivent pas y être reçus après sa mort.

Mais, comme le remarque fort judicieusement Basnage, ce principe ne peut pas s'appliquer à l'espèce proposée : « puisque la coutume permet à l'héritier du mari d'accuser la femme pour avoir abandonné son mari sans cause raisonnable, il peut sans doute, pour rendre cet abandonnement plus criminel, y ajouter le reproche d'adultère. L'absence injuste de la femme est le sujet et le titre de l'accusation; l'adultère est une circonstance qui aggrave cette accusation et qui la rend plus criminelle : ainsi, ce n'est pas une accusation d'adultère formée par un héritier; il ne le propose pas même par exception, ce qui se peut, dit Loucl, lettre D, n° 43; mais il l'ajoute comme une suite et un effet de cet abandonnement déraisonnable qu'il lui est permis de reprocher à la femme; et on ne peut lui opposer le silence du mari pour une fin de non-recevoir, parcequ'à proprement parler, cette action ne commence à naître qu'après la mort du mari; et la coutume l'attribue particulièrement aux héritiers, ne puuissant la femme que pour ne s'être pas

Digitized by Google

trouvée avec son mari lors de son décès : il est vrai que le mari vivant pouvait se plaindre de l'absence et de la mauvaise vie de sa femme, s'il ne l'ignorait pas ; mais comme elle pouvait toujours effacer sa faute, en retournant avec lui, et que la coutume ne considère pas tant cette absence qui précède la mort, et qu'au contraire elle punit particulièrement cet abandonnement au temps du décès, où la présence de la femme est plus nécessaire à son mari, il est manifeste que la vengeance de ce mépris est réservée à l'héritier ».

On objecterait inutilement que si la femme poursuivait l'héritier pour repeter sa dot, il ne pourrait lui reprocher ni abandonnement ni adultère.

Le principe est vrai ; mais quelle conséquence peut-on en tirer? Il n'y a point de loi, point de coutume, point d'arrêt qui prive une femme de sa dot pour avoir abandonné son mari. Ainsi le reproche d'abandonnement ne peut servir de rien à l'héritier. Il ne lui reste donc que celui d'adultère : mais ce reproche isolé n'est pas receivable dans sa bouche. La femme obtiendra donc sa dot, quoi qu'il dise et qu'il fasse.

La chose est bien différente pour le Douaire. Les coutumes et la jurisprudence déclarent indigne de ce droit toute femme qui a abandonne son mari sans cause. Cet abandonnement seul est un delit dont elles permettent à l'heritier d'exciper et de tirer vengeance ; s'il y joint le reproche d'adultère, ce n'est qu'accessoirement, ou, pour mieux dire, ce n'est que pour caractériser l'abandonnement et faire voir qu'il est inexcusable.

Mais supposons qu'une femme dont les déréglemens ont force son mari de l'expulser, sans neanmoins rendre plainte en adultère, se soit présentee dans les derniers momens de sa vie pour lui donner tous les secours, toutes les consolations que son devoir lui prescrivait, et que son mari ait refuse de la recevoir : ce refus, qui, dans toute autre circonstance, aurait conserve le droit de la femme, pourra-t-il être justifié par les heritiers, en prouvant qu'il a ete motivé par les ecarts scandaleux de la femme?

Cette question est prévue par Hévin sur l'art. 451 de la coutume de Bretagne. Voici comment il la décide : « Si le mari refuse de voir sa femme, s'il rebute ses soumissions et les offres de ses devoirs, elle est excusée. Mais il peut la refuser pour des causes legitimes ; par exemple, *propter adulterium aut insidias*. Quand il y a des causes graves du refus, il n'empêche pas la privation du Douaire meritee auparavant ; et le mari declarant cette cause par son testament ou autrement, il en transmet l'allegation à son heritier ».

C'est aussi la doctrine de d'Argentrée sur l'art. 431 de l'ancienne coutume de la même province.]

[[Aujourd'hui la femme ne perdrait plus son Douaire conventionnel pour avoir abandonné son mari. *V.* la loi du 30 ventose an 12, art. 7; et le Code Napoléon, art. 299.]]

[III. La femme est-elle privée de son Douaire pour n'avoir pas apporte de dot?

Cette question peut se présenter en deux cas : ou il n'a été constitué aucune dot à la femme, ou il en a été promis une qui n'a point été payée.

Au premier cas, le Douaire ne peut être contesté à la femme. C'est un bienfait de la loi, qui n'a aucun rapport avec la dot : ainsi, que la femme ait été dotée, ou qu'elle ne l'ait pas été, elle n'en a pas moins droit à la subsistance que la coutume lui donne sous le titre de Douaire.

Au second cas il semblerait au premier abord que la femme dût être privée de son Douaire, puisque, par les novelles 2 et 97 de Justinien, la femme dont la dot n'avait pas été payée, ne devait pas jouir de la *donation à cause de nôces*, que nous appelons *augment* ; et que celle qui n'avait payé qu'une partie de la dot, etait restreinte à une partie de cette donation.

Mais, 1° il est un cas où, de l'aveu de tous les auteurs, cette jurisprudence ne peut pas être appliquee au Douaire ; c'est lorsque la dot a été promise par un tiers qui n'a pas satisfait à ses engagemens.

2° Les novelles 2 et 97 de Justinien ne sont plus observées, même par rapport à l'augment ; et l'on juge dans tous les pays de droit écrit, qu'il est dû à la femme qui n'a point payé la dot qu'elle s'était constituée elle-même. On ne distingue plus, dit Boucher d'Argis, *Traité des Gains nuptiaux*, ch. 17, « si la dot a ete payée ou non, si elle ne l'a été qu'en partie, si le mari a donné terme pour le paiement, et si les termes sont écoulés ou non, si c'est la femme elle-même ou son père ou autre qui a constitue la dot : on tient que dès qu'il y a une dot promise, c'est au mari à s'en faire payer ; que s'il n'a pas pris les sûretés nécessaires pour s'en procurer le paiement, ou s'il a néglige de la poursuivre, c'est à lui à s'imputer de n'avoir pas profité de la dot qui lui a été promise ; en sorte que quoique la dot n'ait ete payée qu'en partie, ou même que le mari n'en ait rien reçu, on adjuge toujours à la femme son augment coutumier ou conventionnel, sans aucune diminution ».

C'est en effet ce qu'ont décidé une foule d'arrêts des parlemens de Toulouse, de Grenoble et de Bordeaux, rapportés par Maynard, Expilly et La Peyrère.

Or, ce que ces arrêts ont jugé par rapport à l'augment des pays de droit écrit, s'applique, à bien plus forte raison, au Douaire des pays coutumiers, puisqu'il y a une relation parfaite et intime entre la dot et l'augment, et qu'il n'y en a aucune entre le Douaire et la dot.

Aussi Dumoulin, sur l'art. 190 de la coutume de Blois, nous apprend-il que telle était déjà, de son temps, la jurisprudence du parlement de Paris. Cette coutume s'explique en ces termes : « Est du le Douaire, pose que la femme n'ait rien porte a son mari ». Sur cette disposition, Dumoulin remarque d'abord que suivant les novelles de Justinien, il en devrait être autrement, lorsque la femme a promis elle-même sa

Digitized by Google

dot et ne l'a point payee, *nisi dotem promiserit et fefellerit :* mais, ajoute-t-il, les arrêts n'ont pas adopté cette restriction ; *secùs judicatum est senatus-consultis.*

Il y a cependant encore des personnes qui prétendent que, dans ce cas, on doit compenser le Douaire avec les fruits de la dot promise. C'est ce qu'annonce Raviot sur Perier, quest. 280, n. 36.

Mais, comme le remarque le même auteur, n. 37, cette opinion ne pourrait être admise que dans le cas où le dol de la femme serait bien vérifié. « Si de bonne foi, continue-t-il, elle a promis une dot qu'elle n'ait pu fournir, soit qu'elle ait été évincée, ou qu'elle se soit flattée de fausses idées et de fausses espérances, je ne pense pas qu'on lui doive compenser sa pension douairière. *Est enim alimentorum loco et alimenta compensationem non admittunt.* Loi 15, §. 1, D. *soluto matrimonio* ».

On peut encore voir, sur cette matière, Dumoulin, consultation 15, n. 34, et consultation 52, n. 33, 35 et 36.

IV. La femme perd son Douaire, lorsqu'après la mort de son mari, elle se livre, dans l'année du deuil, à une vie impudique et à la débauche.

C'est la décision de Coquille, question 147, de Dupineau sur l'art. 314 de la coutume d'Anjou, de Renusson et de tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière.

C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts. Celui du 11 avril 1571, dont Robert, liv. 1, chap. 13, nous retrace toutes les circonstances avec une grande exactitude, décide la question en termes formels. *Senatus primo arresto heredes ad probationem stupri quod ipso luctûs anno commissum arguebatur, admisit; deindè factâ stupri probatione, aliud subsecutum est arrestum, quo senatus viduam à petitione Doarii rejecit, heredesque ab illâ Doarii præstatione absolvit.*

Par un autre arrêt du 22 février 1666, rapporté par Basnage, sur l'art. 377 de la coutume de Normandie, la veuve du nommé Besongnet, pour avoir vécu impudiquement avec son cousin-germain pendant l'année du deuil, fut privée de son Douaire, quoiqu'elle alléguât qu'elle avait été trompée par une promesse de mariage, et qu'elle avait même obtenu dispense de Rome, pour épouser celui qui l'avait déshonorée.

Basnage, au même endroit, nous retrace un autre arrêt encore plus frappant. Ne laissons pas échapper ses termes : — « Il fut jugé en ce parlement, le jour que M. de La Mailleraye, lieutenant-général pour le roi en Normandie, y vint prendre séance, qu'une femme qui avait vécu impudiquement, et qui était accouchée 10 mois 4 jours après l'enterrement de son mari, qui avait été malade 3 semaines, était privable de son Douaire. Dans l'espèce de cet arrêt, la femme était non seulement coupable d'impudicité, mais aussi d'avoir supposé un enfant qui ne pouvait être des œuvres de son défunt mari : aussi fut-il déclaré bâtard, quoique cette veuve soutint, contre sa partie, qu'il avait été tuteur de cet enfant pendant 13 années, et qu'il eût été reconnu légitime et posthume ».

Il y a dans les observations de Brodeau sur Louet, lettre I, §. 4, un arrêt du 8 juin 1632, qui, du premier coup d'œil, paraît contraire à cette jurisprudence, puisqu'il adjuge un Douaire à Jacqueline Dubois, veuve de René de Villeneuve, quoique, par un premier arrêt du 22 août 1626, l'enfant dont elle était accouchée 11 mois après la mort de son mari, eût été déclaré illégitime.

Mais cet arrêt, bien examiné, ne contrarie nullement le principe établi par les précédens. — D'abord, Jacqueline Dubois n'avait jamais été accusée d'inconduite ; au contraire, Bouguier, qui rapporte l'arrêt de 1626, sur le fondement duquel on voulait la faire priver de son Douaire, dit, que « l'onzième mois étant parfait, l'enfant fut déclaré illégitime, bien que la femme fût tenue pour chaste et non soupçonnée! ». — En second lieu, Brodeau atteste que cette veuve avait déclaré au procès qu'elle se soumettrait à la preuve de débauche, en cas que l'on osât l'alléguer. — Troisièmement, la fille même de cette veuve prit la voie de requête civile, fondée sur la contrariété qu'elle prétendait y avoir entre l'arrêt de 1626 et celui de 1632, parceque, disait-elle, le premier ayant déclaré illégitime l'enfant né 11 mois après la mort du mari, avait, par une conséquence nécessaire, déclaré la veuve coupable d'impudicité; et que le second, au contraire, l'avait considérée comme innocente, puisqu'il lui avait adjugé son Douaire. La requête civile fut enterinée par arrêt du 11 mars 1651; et, comme on le voit, cet arrêt n'a pu avoir d'autre motif que le principe et la maxime en vertu desquels toute veuve qui vit impudiquement dans l'année du deuil, doit être privée de son Douaire.

Mais rien ne justifie mieux ce principe et cette maxime, que l'arrêt rendu à la grand'chambre du parlement de Paris, le 23 mai 1704.

Un marchand de Laval, nommé Quéhery, étant mort le 10 avril 1686, Françoise Salmon, sa veuve, accepta la tutelle de ses enfans ; mais, peu de temps après, elle eut la faiblesse de s'abandonner à un cousin-germain de son mari, et devint grosse. Le bruit de sa grossesse s'étant répandu dans la ville de Laval, Mathurin Quéhery, son beau-père, présenta requête aux juges pour la faire destituer de la tutelle, et déclarer indigne du Douaire, attendu son inconduite pendant l'année du deuil. Sur cette demande, les parens paternels et maternels ayant été appelés pour donner leur avis, intervint sentence du juge de Laval, qui lui ôta la tutelle de ses enfans, nomma pour leur curateur l'aïeul paternel, et ordonna, suivant l'avis de toute la famille, qu'il poursuivrait les demandes qu'il avait intentées contre sa bru. Par une seconde sentence du même juge, il lui fut permis d'informer par enquête de la débauche de la veuve, et de la faire visiter. Comme elle apprehendait cette visite qui pouvait seule la

Digitized by Google

convaincre de la débauche dont on l'accusait, elle sortit de Laval, et se retira dans un village où l'on prétend qu'elle accoucha le 13 septembre 1687, d'une fille qu'elle fit baptiser sous un nom supposé. Sa retraite donna lieu à son beau-père d'obtenir permission de faire publier monitoire; mais elle parvint à arrêter ses poursuites par la promesse de ne jamais rien demander de ses droits de survie; et ayant passé à de secondes nôces, elle transigea avec lui en 1691, sans parler de son Douaire. Le beau-père mourut en 1699: alors elle poursuivit ses enfans du premier lit en paiement de son Douaire, de son deuil, et des autres avantages que son mari pouvait lui avoir faits. Pour défendre à ses demandes, on crea des tuteurs aux enfans, qui opposèrent, par forme d'exception, à leur mère, sa débauche pendant l'année du deuil. Sur la contestation, le juge de Laval rendit sentence qui permettait aux parties de faire preuve respective des faits qu'elles avaient avancés, et même de publier monitoire. — Appel au parlement par la mère. Elle disait, 1°. qu'en thèse générale l'impudicité de la veuve, pendant l'année du deuil, n'est pas une cause suffisante pour la faire priver de son Douaire; 2°. que quand même on écouterait en cette matière, les héritiers collatéraux du mari, ou les enfans d'un précédent mariage, qui sont étrangers à la veuve, cela ne prouverait pas que des enfans fussent recevables à accuser leur mère de débauche, sur-tout après qu'il s'était écoulé plus de quinze ans depuis la mort du premier mari, et lorsque celle dont on attaquait la réputation, avait vécu pendant le cours d'un second mariage d'une manière irreprochable. — Les enfans, après avoir écarté le premier moyen, répondaient au second, qu'ils n'avaient jamais prétendu intenter contre leur mère une accusation; qu'ils seraient demeurés dans le silence toute leur vie, si leur mère ne les eut pas forcés de se défendre, et de lui opposer, par forme d'exception, sa débauche pendant l'année du deuil; qu'on ne pouvait blâmer des enfans qui ne rompaient le silence que pour empêcher leur ruine; que leur prétention était d'autant plus favorable, qu'ils reprenaient seulement un moyen allégué par leur aïeul paternel, qui était leur curateur; que d'ailleurs on n'oserait dire qu'une veuve qui a des enfans, puisse s'abandonner sans crainte, et déshonorer impunément la mémoire de son mari; et que celle au contraire qui n'en a point, soit obligée à plus de retenue, de peur d'être privée de son Douaire et des autres avantages que son mari lui aurait faits; qu'enfin l'arrêt du 22 février 1666, rapporté ci-dessus, était dans l'espèce d'enfans qui opposaient cette exception à leur mère. — Sur ces raisons, la cour, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Le Nain, a mis, par l'arrêt cité, l'appellation au néant, et a condamné l'appelante à l'amende et aux dépens.

V. Ce que nous venons de dire de la femme qui s'est laissée corrompre dans l'année du deuil, doit-il être étendu à celle qui, après avoir mené pendant cette année une conduite régulière, a, par la suite, déshonoré la mémoire de son mari, par la débauche à laquelle elle s'est livrée?

La coutume de Clermont en Argonne, tit. 13, art. 14, ne fait aucune distinction de l'une d'avec l'autre: elle décide en général, que « la douairière, *pendant sa viduité*, ayant abusé de son corps, perd son Douaire, qui de ce seul fait est réuni à la propriété ».

C'est aussi la disposition des coutumes de Gorze, tit. 6, art. 25; et de Saint-Mihiel, tit. 7, art. 9.

Renusson, chap. 12, n. 20, pense de même pour les coutumes qui n'ont point là-dessus d'autre règle que le droit commun. Coquille avait adopté la même décision dans sa quest. 147.

C'est ce qu'a encore fait depuis, mais avec modification, Raviot sur Perrier, quest. 122, n. 7. Voici ses termes: « Il est juste qu'en quelque temps que la veuve se comporte mal, et qu'elle mène une vie déréglée après la viduité, elle soit privée de son Douaire, et de toutes les libéralités que son mari lui a faites. Mais il faut que ces déréglemens soient publics et éclatans; une simple fragilité ne rendrait peut-être point la veuve sujette à cette peine, surtout, si le déshonneur qui en résulte, et qui rejaillit en quelque sorte sur les cendres du mari, peut se réparer ».

Mais cette doctrine a été censurée par l'auteur des notes sur les observations de Raviot. Voici l'apostille qu'il a mise, tome 1, page 7, sur le passage que nous venons de transcrire: « La peine n'a lieu que dans l'an du deuil ». — Il répète la même chose à la page 16: « En Bourgogne (dit-il), l'inspection des héritiers du mari sur sa veuve finit avec l'an du deuil ».

VI. Que devons-nous décider par rapport aux femmes qui, avant d'être poursuivies par les héritiers de leurs maris, ont réparé par un second mariage la débauche à laquelle elles s'étaient abandonnées dans l'année du deuil?

Il a été rendu sept arrêts sur cette espèce, deux au parlement de Paris, un au parlement de Dijon, trois au parlement de Normandie, et un au parlement de Flandre.

Le premier est du 7 janvier 1648. La veuve d'un laboureur, jeune, sans expérience, et incapable de diriger les opérations de sa ferme, prit chez elle un cousin-germain pour conduire toutes ses affaires. Celui-ci vint à bout de la séduire; et dans le dixième mois de son veuvage, il la rendit enceinte. Quelque temps après, ils obtinrent dispense en cour de Rome, et ils s'épousèrent. Le père du premier mari et son héritier, demanda alors qu'elle fut privée de son Douaire, et d'un legs que le défunt lui avait fait. Le bailliage de Noyon prononça conformément à cette demande; mais sur l'appel de la veuve, M. l'avocat général Bignon représenta que la cause était nouvelle; qu'à la vérité, les arrêts avaient constamment jugé qu'une veuve se livrant à la débauche dans l'année du deuil, devait être privée de tous les avantages qu'elle tenait de son mari; mais que ce qui changeait la thèse dans le cas à juger, était le mariage

Digitized by Google

subséquent ; que quant à lui, s'il n'y avait pas eu d'autres particularités, il ferait grande difficulté de conclure que cette circonstance suffit pour écarter la peine ; mais qu'il s'agissait d'une pauvre villageoise, qui avait été surprise par un homme qu'elle avait été obligée d'appeler auprès d'elle, pour la conduite de sa ferme ; qu'elle n'avait manque que par simplicité, et que d'ailleurs il n'était question que d'un usufruit modique. D'après ces considérations, il conclut à l'infirmation de la sentence, et à ce qu'il fût declare que l'on jugeait ainsi, sans tirer à consequence. L'arrêt adopta ces conclusions. (*Journal des audiences. Ricard, des Donations, partie* 3, *n.* 229.

Le second arrêt, qui est du 26 mars 1680, a pareillement adjugé le Douaire à une veuve qui s'était remariée pendant l'année du deuil, et a refusé aux héritiers du premier mari la permission de faire preuve, que le second mariage avait commencé *ab illicitis*. Les juges ne crurent pas devoir examiner scrupuleusement la conduite de la veuve. Comme elle n'était point censée avoir deshonoré la mémoire de son mari, puisqu'elle avait preféré l'état du mariage à une vie concubinaire, il n'était pas à propos de troubler par une recherche trop exacte un mariage concordant ; ces raisons obligèrent la cour à passer sur les règles ordinaires, et à se relâcher en faveur d'une veuve qui n'était peut-être coupable que d'un peu d'imprudence: (*Augeard, tome* 1, *pag.* 758 *et* 759, *édition de* 1756.)

Le troisième arrêt est du parlement de Dijon. — Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, il ne s'agissait pas de Douaire ; mais cette circonstance ne change rien à la décision. — Jacques Poultier, boulanger à Nuitz, et Catherine Morlot, sa femme, font entr'eux une donation mutuelle et réciproque de tous leurs biens au profit du survivant. Ils en avaient le pouvoir par leur contrat de mariage et par la coutume. — Le 2 avril 1729, Poultier meurt sans enfans. La donation est homologuée, suivant l'usage de Bourgogne. — Le 24 février 1730, sa veuve passe un contrat de mariage avec Pierre Oudot, son compagnon. — Le 28 mai suivant elle l'épouse. — Le 9 octobre de la même année, elle acconche d'en enfant qui paraît être à terme et qui vit. C'était, comme l'on voit, quatre mois onze à douze jours après le mariage, et six mois quelques jours après l'an du deuil expiré. — D'après cet événement, les héritiers du mari appellent de la sentence qui a homologué la donation. — La cause portée à l'audience, on faisait valoir pour les appelans la presomption légale qui fait remonter l'époque de la conception aux neuf mois antérieurs à l'accouchement ; on en concluait que la femme s'était permis des libertés criminelles avec son compagnon dans l'année du deuil ; on insistait sur l'autorité de quelques médecins et jurisconsultes, suivant lesquels un enfant n'est viable que dans le huitième mois de la conception (*V. Légitimité*) ; et l'on représentait qu'il ne fallait pas forcer les lois de la nature et celles de l'honnêteté publique, pour laisser à une veuve débauchée tous les biens d'une famille étrangère. — Pour la femme Oudot, au contraire, on citait la loi 3, §. 12, D. *de suis et legitimis heredibus*, Alphonsius à Caranza, Le Brun, et l'arrêt du 7 janvier 1648, rapporté ci-dessus. Il suffit, ajoutait-on, que l'enfant soit né dans le septième mois après l'an du deuil ; c'est un terme naturel et légal. L'enfant est présumé conçu hors du temps de la prohibition. Tout concourt à faire adopter ce parti, l'état de l'enfant, la faveur du mariage, l'effet rétroactif qu'il a pour couvrir les faiblesses dont il a été précédé, et l'humanité des lois à restreindre des peines qu'elles n'infligent qu'à regret. — Sur ces raisons, arrêt du 17 juillet 1732, qui ordonne, conformement aux conclusions de M. Gencan, avocat general, que la sentence dont les héritiers étaient appelans, sera executée selon sa forme et teneur, et qu'en conséquence la femme Oudot jouira, de l'effet de la donation.

Le quatrième arrêt a été rendu au parlement de Normandie, le 6 février 1652 : il a accordé Douaire à une femme qui s'était remariée quatre mois après sa viduité, et était accouchée cinq mois après son second mariage. Il fut décidé que l'enfant était du second mari ; et les enfans du premier, qui voulaient faire priver leur mère de son Douaire, furent déboutés. L'avocat de la femme a l'excusait sur ce que celui qui l'avait débauchée, avait remis les choses dans l'état d'un mariage contracté dans l'an du deuil ; ce qui réparait l'injure qu'elle avait faite à son mari, et rendait l'enfant légitime ». (*Basnage, sur l'art.* 377 *de la coutume de Normandie.*)

Par le cinquième arrêt, qui est du 3 décembre 1659, le même parlement prononça contre des collatéraux, qui offraient de prouver qu'une veuve s'était conduite impudiquement, et avait fait un contrat de mariage avec son second mari dans l'année de la mort du premier : « d'où il paraît juste de conclure, dit Houard, que la femme ne perd son Douaire que lorsque ses déréglemens la deshonorent, et que ce deshonneur rejaillit sur la famille du premier mari. Or, quand une vie licencieuse, avec un homme de sa condition, l'a déterminée au mariage ; quand il est présumable que cet homme a pu devenir le père de l'enfant né après les secondes nôces contractées, les imprudences de la femme étant réparées, on doit les oublier. Les secondes nôces ne sont pas un crime : St. Paul les tolère. Il n'y a pas de temps prescrit à la nécessité où une femme peut être de subir ce nouveau joug ; s'y soustraire, serait le mieux ; mais les lois humaines ne punissent point les imperfections ; elles-mêmes n'en sont point exemptes ». (*Dictionnaire de droit normand*, article *Douaire.*)

Le sixième arrêt paraît contraire aux précédens. Pour ne pas en altérer l'espèce, rapportons-le mot pour mot, d'après Basnage : « Par arrêt du 22 février 1666, au rapport de M. de Vigneral, entre Nicolas Bourse, ayant epousé la veuve d'un nommé Besongnet, et Hebert, tuteur des enfans de celui-ci, on priva la veuve de son Douaire pour avoir vécu impudiquement avec ledit Bourse, son cousin-ger-

Digitized by Google

main, dans l'an du deuil, ce qui était constant par la dispense obtenue pour se marier, outre que c'était un inceste ». — Mais prenons bien garde que ce ne sont pas là les seules circonstances de l'arrêt. Deux pages plus haut, Basnage nous avertit que la femme de Bourse était aussi accusée d'ingratitude; « que même pendant la maladie de son premier mari, elle ne l'avait point assisté; et qu'elle n'avait fait venir des médecins que pour s'assurer, par leurs témoignages, qu'il n'en echapperait point ».

Le septième arrêt a été rendu dans une espèce semblable à celle du premier. Une marchande du bourg d'Etroeungt en Hainaut, âgée d'environ trente ans, ayant épousé un jeune homme de vingt-deux ans, devint veuve après un mois de mariage. Ne pouvant conduire seule son commerce, elle pria son cousin-germain de venir l'aider et de demeurer avec elle. Soit faiblesse réciproque, soit séduction de la part de l'un d'eux, ils eurent ensemble des habitudes fort intimes; et dès le huitième mois de la mort de son mari, la veuve eut des signes de grossesse. Ils reconnurent au saint-siége, obtinrent dispense, et se marièrent quinze mois après la dissolution du premier mariage. L'enfant dont la femme était alors enceinte, ne naquit que deux mois après. Les choses en cet état, les héritiers du premier mari demandèrent que la femme fût déclarée déchue de son Douaire et de ses autres droits nuptiaux. Cette déchéance fut en effet prononcée par le prévôt d'Etroeungt; mais sur l'appel de la femme et de son second mari, le parlement de Flandre, par arrêt rendu le 17 février 1767, au rapport de M. Gonillart de la Feuillie, a infirmé la sentence et débouté les héritiers du premier mari de leur demande.

Si l'on a jugé ainsi relativement à l'inconduite pendant l'année du deuil, à plus forte raison ne peut-on pas se dispenser de juger de même, quand les déréglemens qui sont reproches à la femme, et dont elle a couvert la honte par un second mariage, sont d'une date postérieure à cette année. C'est l'espèce et la décision d'un arrêt du parlement de Rouen, du 26 mars 1672, rapporte par Basnage, art. 377.

VII. De ce que nous avons dit sur la question precedente, et sur-tout des arrêts du parlement de Rouen de 1652 et 1659, on a pu conclure que la veuve ne doit pas être privée de son Douaire pour s'être remariée dans l'an du deuil. Mais il s'en faut de beaucoup que la jurisprudence soit uniforme à cet égard. *V. Deuil*, §. 2.]

[[Quant à la législation actuelle, sur tout ce qu'on vient de lire depuis et y compris le *n°.* 4, *V.*, l'observation qui termine le même article.]]

VIII. La femme perd son Douaire, lorsqu'elle est assez téméraire pour supposer la survenance d'un enfant, à l'effet de frustrer les héritiers de la succession du mari. On peut voir à ce sujet, un arrêt du 6 juin 1636, rapporté au Journal des audiences.

C'est encore pour elle une cause de privation de son Douaire en Bretagne, lorsqu'elle se remarie à son domestique ordinaire.

[C'est la disposition expresse de l'art. 454 de la coutume de cette province.

L'art. 145 de l'ordonnance de 1629 est plus étendu. Il porte que « les femmes veuves ayant enfans, qui se remarieront contre et au préjudice de l'art. 182 de l'ordonnance de Blois (c'est-à-dire, non-seulement *à leurs valets*, mais généralement à toutes *personnes indignes de leur qualité*), seront privées du Douaire à elles acquis par leur premier mariage ».

Cette ordonnance a été enregistrée, comme on le sait, aux parlemens de Toulouse, de Grenoble, de Bordeaux et de Dijon; et elle n'y a souffert, quant à cet article, aucune modification.]

Ailleurs, la veuve qui contracte un pareil mariage, est seulement sujette aux peines portées par l'art. 182 de l'ordonnance de Blois, qui met dans l'interdiction les femmes qui, ayant des enfans, se remarient à des personnes indignes de leur condition, notamment à leurs valets, et déclare nulles toutes les aliénations qu'elles peuvent faire pour diminuer leurs biens. *V. Interdiction* et *Noces*.

[[Aujourd'hui, la veuve ne perdrait son Douaire dans aucun des cas dont il s'agit dans ce n°. *V. Deuil*, §. 2, à la fin.]]

[IX. Dans une espèce qui s'est présentée au parlement de Metz en 1693, on a agité la question de savoir si une veuve qui attaque par forme d'exception l'état des enfans du premier lit de son mari, doit être regardée comme injuriant la mémoire de celui-ci, et si en conséquence on peut la priver de son Douaire.

Le curateur des enfans soutenait l'affirmative. « La veuve (disait-il) doit être déchue de son Douaire pour l'injure qu'elle a faite à la mémoire de son mari. En l'accusant du crime d'adultère, elle s'est rendue indigne des donations qu'il lui a faites. S'il était vivant, il serait en droit de les révoquer pour cause d'ingratitude; etant décédé, la loi supplée à cette révocation. C'est la moindre peine que doive subir une femme qui, à la rigueur, devrait être punie de celle que la loi prononce contre les adultères, ou de celle dont on punit la calomnie ».

Nonobstant ces raisons, le parlement de Metz, par arrêt du 12 mars 1693, a laissé la veuve en possession de son Douaire. M. de Corberon, procureur général, qui portait la parole dans cette affaire, avait conclu de même, et il avait donné deux motifs de son opinion:

Le premier (avait-il dit) « est que l'appelante n'a point contesté l'état des enfans du premier lit de son mari, pour lui en faire injure, ni par l'avidité de profiter du bien d'autrui. Elle n'a eu en vue que de se conserver les avantages qui lui étaient acquis par son contrat de mariage. Si elle s'est trompée en formant cette contestation, on ne doit pas le lui imputer, suivant la loi 7, au Digeste, *de juris et facti ignorantiâ*, qui veut que l'erreur, même de droit, ne puisse être imputée à ceux qui ne poursuivent que la restitution de ce qui leur appartient: *Juris ignorantia suum petentibus non nocet.* La loi

Digitized by Google

suivante confirme cette décision : *Omnibus juris error in damnis amittendæ rei non nocet.* — La seconde raison, tirée de la faiblesse du sexe de l'appelante, est une pure erreur de fait, puisqu'elle consiste en ce qu'elle a cru que Marguerite Savoie avait été femme de Jean Plaute, et par conséquent qu'elle n'avait pu être mariée légitimement avec Hardy de Tillou.—Or, l'erreur de fait, qui ne peut jamais nuire aux hommes, en quelques rencontre que ce soit, ne peut, à plus forte raison, priver une femme de ses conventions matrimoniales ». (*V. Erreur* et *Ignorance.*)

X. Hévin, sur l'art. 451 de la coutume de Bretagne, dit qu'en 1650, la veuve d'un procureur du roi de Morlaix fut déclarée indigne et déchue de son Douaire, pour n'avoir pas poursuivi la vengeance de la mort de son mari, tué dans la prison; et cela par arrêt du parlement de Bretagne, *rendu d'office,* en jugeant l'appel des assassins coudamnés.

Il ajoute que, par un autre arrêt de la même cour, du 15 décembre 1655, lui plaidant, Guillemette Bouhomme, veuve d'Yves du Buisson, fut également privée de son Douaire, « pour s'être désistée de la poursuite qu'elle avait intentée contre l'assassin de son mari ».

Renusson, chap. 12, n. 13, traite la question jugée par ces arrêts, et la décide de même : « telle est, dit-il, l'opinion commune ».

Maillart, sur l'art. 167 de la coutume d'Artois, n. 32, adopte la même résolution; mais il ajoute que, « la veuve n'est pas pour cela obligée de se rendre partie; il suffit (continuc-t-il) qu'elle dénonce l'homicide aux officiers de la justice, qui sont obligés de poursnivre la vengeance publique ».]

[[Aujourd'hui, le défaut même de dénonciation n'est plus une cause d'indignité du Douaire. *V. Deuil,* §. 2.]]

XI. La malversation dans l'exercice du Douaire peut également donuer lieu, dans quelques coutumes, à la privation de cet avautage. L'art. 311 de celle d'Anjou veut que la femme le perde en entier lorsqu'elle *mésuse* de quelqu'un des héritages qui le composent; la coutume du Bourbonnais la prive seulement du Douaire dans l'héritage où elle a malversé par elle-même; car il en serait autremeut, si la malversation venait d'un fermier. Dans les coutumes qui n'ont point de dispositious à ce sujet, il parait juste à Pothier de priver la femme, en cas de malversation, de jouir par elle-même, et d'autoriser l'héritier à exercer cette jouissance en reudaut compte à la douairière du revenu des bieus sous la deduction des charges, conformement à l'art. 468 de la coutume de Bretagne. *V. Usufruit* [[et l'art. 618 du Code Napoléon.]]

XII. Daus les coutnmes où la femme ne peut être douairière de certaius bieus, et donataire d'autres biens de son mari, elle perd son Douaire, aussitôt qu'elle a préféré la donation, tout comme elle perd la donation en préferant le Douaire. N'importe, à cet égard, que la douation du mari à sa femme soit faite par le contrat de mariage, ou par nn acte postérieur, qu'elle soit eutre-vifs ou testamentaire.

[Mais quelles sout ces coutumes? C'est ce qu'il est bien important d'examiuer; car, suivant la remarque de Boullenois, (Sur Rodemburg, tom. 2, pag. 205), toutes les questions qui se présentent sur cette matière, dans les différentes coutumes, nc doivent être décidées qu'avec beaucoup de précaution. Il faut, avant tont, bien pénétrer l'esprit de la loi municipale sous laquelle on se trouve, et même consulter l'interprétation que l'usage lui a donuée.

D'abord, doit-on regarder comme coutumes d'incompatibité entre le don et le Donaire, celles qni gardent le silence sur le coucours de l'un et de l'autre?

Cette questiou s'est présentée dans les coutumes de Bretagne et de Touraine, avaut leur réformatiou; et il y a été jugé que ce coucours était permis. — Chopin, sur la coutume d'Anjou, liv. 3, chap. 2, tit. 3, u. 13, en rapporte deux arrêts des 18 février 1541 et 5 décembre 1578. — Dufail, liv. 2, chap. 76, nous en fournit un semblable, rendu au parlement de Reuues le 29 octobre 1558; et il ajoute, chap. 261, que par un autre arrêt de la même cour, du 11 septembre 1565, la veuve du nommé Lancé obtint à la fois son Douaire et l'usufruit que son mari lui avait donné de sa maison. — La même chose a été jugée dans la coutume d'Amiens, par arrêt du 30 janvier 1651. Un mari avait fait nn legs à sa femme. Questiou de savoir si l'acceptatiou de ce legs empêchait la veuve d'exiger son Douaire en entier. L'arrêt a décidé, conformément aux couclusions de M. l'avocat général Talon, qu'il n'y avait pas d'incompatibilité.

Il reste des doutes par rapport au don mutuel; un arrêt reudu dans l'ancienne coutume de Paris, le 16 mai 1556, et rapporté par Charondas sur l'art. 257, avait jugé qu'il ne pouvait pas conconrir avec le Douaire préfix en argent à payer une fois, ou constitué en rente.

Cependant, les réformateurs de cette coutume en ont décidé autrement. Ils ont établi, par l'art. 257, « que la femme douée du Douaire préfix d'une somme de deniers pour une fois, ou d'une rente, si, durant le mariage, est fait dou mutuel, jouit après le trépas de son mari, par usufruit, de la part des meubles et conquêts de son dit mari; et sur le surplus des biens dudit mari, prend sondit Douaire, sans distinctiou ni confusion ».

Mais, en résolvant une difficulté, cet article *en* a fait naître une autre : ces mots, *sur le surplus des biens*, ont douné lieu à la question de savoir si la dispositiou par laquelle elle exclut la confusion, doit avoir lieu dans le cas où le mari n'a laissé que des meubles et des conquêts.

Pour la négative, on peut dire que les termes, *sur le surplus des biens*, se réferent evidemment

Digitized by Google

aux propres; que le mari ne laissant point de biens de cette espèce, l'objet et le motif de la loi n'ont plus lieu; que, d'ailleurs, il y a confusion toutes les fois que deux titres lucratifs concourent ensemble; qu'enfin les conquêts et les meubles sont chargés des dettes, et par conséquent du Douaire.

On prétend que ces raisons ont fait rendre plusieurs arrêts pour l'opinion qu'elles appuient. Ce qu'il y a du moins de certain, c'est qu'Auzanet, sur l'art. 257 de la coutume de Paris, en rapporte un du 26 mai 1645, par lequel il fut jugé que le Douaire était éteint et confus dans la personne de la femme qui, en vertu d'un don mutuel fait pendant le mariage, jouissait par usufruit de tous les meubles et conquêts de son mari, à qui il ne restait pas d'autres biens.

Mais ce système est aussi contraire à la coutume qu'aux principes.

Il est contraire à la coutume, puisqu'elle décide, généralement et sans distinction, que tout ce qui reste des biens du mari, l'usufruit de la donataire mutuelle prélevé, est soumis au Douaire préfix; et que bien sûrement on doit mettre au nombre de ces biens, la nue propriété des meubles et des conquêts du mari.

Il est contraire aux principes, 1°. parceque l'égalité doit être l'ame de tous les contrats, et qu'il n'y en aurait pas dans le don mutuel si le mari ne sacrifiant rien pour le gagner, la femme était obligée, pour en jouir, de renoncer à un Douaire qui lui appartient par le titre le plus sacré; 2°. parceque, comme l'observe Ricard (Des *Donations*, part. 3, n° 1900), « quand on dit que deux causes lucratives ne peuvent pas subsister en un même sujet, cette maxime doit s'entendre réellement et à l'égard de la chose, ce qui ne peut pas se vérifier dans notre espèce, puisque rien n'empêche que le don mutuel ne soit exécuté sur les fruits et sur l'usage des meubles et des acquêts, et que le Douaire ne soit pris sur le fonds, en l'adjugeant à la charge du don mutuel »; 3°. parceque le Douaire n'est pas une dette de la communauté, mais du mari seul, et que le don mutuel n'oblige pas le survivant à avancer, moins encore à acquitter sans retour, les dettes personnelles du prédécédé.

A l'égard de l'arrêt rapporté par Auzanet, il est contredit par un trop grand nombre d'autres pour qu'il puisse faire impression.

Ricard, à l'endroit cité, nous en fournit un du 5 août 1613, par lequel « il a été jugé entre Geneviève Mussart, appelante du prévôt de Paris, et Geoffroy Le Secq, intimé, que la femme, dans l'espèce de notre question, prendrait son Douaire sur le fonds des conquêts qu'elle pourrait faire vendre, à la charge du don mutuel et de son Douaire, sa vie durant ».

Un autre arrêt du 17 mars 1628, rapporté par Auzanet, art. 257, et rendu dans une espèce où il s'agissait d'un Douaire consistant en rente viagère, a décidé que le mari ne laissant aucun propre, la femme, à la vérité, ne pouvait exiger les arrérages de son Douaire durant le cours de son don mutuel, mais qu'à sa mort, on devait faire une masse de tous les arrérages échus depuis l'ouverture de ce Douaire, et les prendre sur le fonds des meubles et conquêts qui retournait aux héritiers du mari.

Un troisième arrêt, daté dans le Journal du palais, du 26 mars 1683, mais qui est réellement du 26 mai suivant, a jugé « qu'une veuve possédant tous les biens de son mari, meubles et immeubles, propres et acquêts, par usufruit, sa vie durant, tant en exécution d'un don mutuel que par transaction faite avec les héritiers de son mari, pouvait, vingt ans après la transaction où il n'était point parlé de Douaire, demander son Douaire préfix de 600 livres de rente, les arrérages et la continuation d'icelui, et que ce Douaire n'était point confondu dans l'usufruit général que la douairière possédait ». Cette espèce ne tombait pas précisément dans le cas de notre question, puisque le mari avait laissé des propres. Mais les raisons de douter et de décider étaient les mêmes, par le moyen de l'extension que l'on avait donnée à l'usufruit sur les biens de cette dernière classe.

Il y a encore, pour la même opinion, un arrêt du 2 août 1694: nous n'en connaissons pas l'espèce; mais ce qui nous fait présumer qu'il a été rendu en thèse, c'est qu'on le produisait comme tel *avec les factums*, dans une instance terminée par arrêt du 30 juillet 1697, qui se trouve dans le Journal des audiences.

Nous voyons, dans le Journal du palais, que, « par arrêt du 28 mars 1697, en la première des enquêtes, au rapport de M. de Vienne, il a été jugé au profit de la veuve (et donataire mutuelle) de Jean Sauvage, procureur du roi à Verberie, qu'elle serait fournie de son Douaire, sans aucune confusion ni contribution, et que les héritiers des propres de la légataire universelle contribueraient au prorata, encore que le revenu des propres ne fût pas suffisant ».

Enfin, par l'arrêt du 30 juillet de la même année, dont nous parlions à l'instant, il a été jugé, à la grand'chambre, « que dans la coutume de Paris, y ayant don mutuel entre deux conjoints, et le mari qui prédécède ne laissant que des meubles et conquêts de communauté, sa veuve y doit prendre sur la propriété les arrérages de son Douaire d'une rente viagère, et jouir du don mutuel sans confusion ». Ce sont les propres termes des rédacteurs du Journal des audiences.

Reste à savoir si l'on doit suivre la même jurisprudence dans les coutumes qui n'ont pas de dispositions semblables à l'art. 257 de celle de Paris?

Cette question a été agitée dans la coutume de Saint-Quentin, en 1687; et presque tous les auteurs, notamment Brillon, au mot *Don mutuel*, n. 21, assurent que, par arrêt du 14 mai, le parlement de Paris a jugé « qu'une veuve sans enfans, et donataire mutuel de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles, acquêts et propres, ne peut, en cette

Digitized by Google

coutume, demander son Douaire de 600 livres par chacun an ». — Mais on ne peut rien de plus mal appliqué que cet arrêt. Une raison particulière en a été le motif; et cette raison, disent les rédacteurs du Journal du palais, « est que la stipulation du Douaire n'avait été apposée que pour avoir son effet en deux cas : l'un, qu'il y eût des enfans qui auraient empêché l'effet du don; l'autre, que la veuve n'eût voulu accepter ce don ».

La question s'est représentée le 6 août 1691, dans la coutume d'Orléans; le parlement de Paris l'a appointée, et elle est demeurée indécise. Mais il n'est pas inutile de voir quel a été le sentiment de M. l'avocat général de Lamoignon. — Ce magistrat a dit que « l'on trouvait plusieurs arrêts rapportés *in utramque partem;* qu'ainsi l'on devait croire que ceux qui les rapportaient, s'étaient trompés en quelque chose..... et qu'il fallait en revenir aux principes généraux; qu'il était vrai que deux causes lucratives ne pouvaient concourir ensemble; que lorsqu'on avait les fruits d'une même chose par deux titres différens, cela demeurait confus, parcequ'on ne pouvait prendre deux fois la même chose sur un effet qui ne pouvait satisfaire à l'acquit que d'une des deux créances; mais cependant, comme dans le don mutuel on considérait principalement l'égalité qui en doit être la base, il croyait, suivant le sentiment de Me Auzanet, qu'on pouvait accorder à l'héritier de la veuve les arrérages de son Douaire, comme elle les avait demandés, et que c'était l'opinion qui lui paraissait la plus juste ». (*Journal des audiences, tom. 4, pag. 381, édition de 1733.*)

Que doit-on décider par rapport à la coutume d'Artois?

Par contrat de mariage de Marie-Jeanne Patté avec Jérôme Bontems, du 18 février 1737, il était dit que « lors de la dissolution du mariage, par la mort de l'un ou l'autre des futurs époux, soit que d'icelui il y eût enfans vivans, apparens à naître ou non, le survivant aurait la propriété et jouissance de tous les biens, meubles et effets du premier mourant, en payant toutes les dettes, obsèques et funérailles ». — Il n'y avait point d'enfans de ce mariage, lorsqu'au mois d'octobre 1742, était survenu le décès du mari, qui laissait pour héritière une sœur mariée à Louis Vacquette. — Dans le contrat de mariage de Marie-Jeanne Patté, veuve de Bontems, il n'était fait aucune mention de Douaire; et il est à remarquer que dans la coutume d'Artois, lorsque, par le contrat de mariage, il y a un Douaire préfix stipulé en faveur de la femme, ce *droit préfix* (c'est ainsi que la coutume le nomme) est incompatible avec le Douaire coutumier; en sorte que quand la veuve a opté l'un, il faut qu'elle renonce à l'autre, sans qu'elle puisse varier. — La veuve Bontems ayant pris tous les meubles de la communauté qui avait existé entre elle et son mari, l'héritière soutint qu'elle n'avait pu en outre appréhender de fait son Douaire coutumier, parceque tous les avantages faits à la femme par son contrat de mariage, disait-elle, sont, par rapport à elle, un *droit préfix*, et l'excluent du Douaire coutumier. — Ce système fut rejeté par une première sentence rendue en la justice d'Orville, le 10 décembre 1743, et qui, sur l'appel, fut confirmée par la sénéchaussée de Saint-Pol, le 16 mai 1744. — L'héritière ayant appelé de nouveau à la gouvernance d'Arras, sa proposition fut mieux accueillie dans cette troisième juridiction que dans les deux premières; la sentence de la sénéchaussée de Saint-Pol, qui confirmait celle de la justice d'Orville, y fut infirmée, en ce que l'héritière avait été déboutée de sa demande en partage des meubles et effets de la communauté d'entre la veuve Bontems et son mari, et ce partage fut ordonné entre la veuve Bontems et l'héritière. — On voit que cette sentence jugeait que la clause du contrat de mariage, suivant laquelle le survivant devait avoir en propriété le totalité des meubles et effets du premier mourant, ne pouvait point avoir d'effet en faveur de la veuve survivante, parceque d'ailleurs elle prenait son Douaire coutumier, dont elle n'était redevable qu'à la loi même à laquelle son contrat de mariage n'avait point dérogé, mais qui était incompatible avec tout autre don et tout autre avantage. — La veuve Bontems (alors remariée à Charles Delgove, sépare de biens d'avec lui, et autorisée à la poursuite de ses droits), interjeta appel de cette sentence au conseil provincial d'Artois; et dans ce quatrième tribunal, il intervint le 5 août 1758, une sentence sur productions, qui infirma celle de la gouvernance d'Arras, en ce qu'elle portait que les parties entreraient en partage de tous les meubles et effets de la communauté, et ordonna que la première sentence rendue entre les parties par la justice d'Orville, le 10 décembre 1743, serait exécutée selon sa forme et teneur. — L'héritière appela encore de ce jugement au parlement de Paris, et continua de soutenir que tous les avantages faits à la femme par son contrat de mariage, sous quelque titre que ce pût être, sans en excepter la clause réciproque qui donnait au survivant des futurs époux la totalité des effets de la communauté, était un don déterminé et un avantage reel qui tenait lieu de *droit préfix*, en sorte que la femme qui survivait, ne pouvait jouir de l'effet de cette clause qu'en se privant du Douaire coutumier.

Elle invoquait à l'appui de cette proposition, — 1°. Le placard de Philippe II, roi d'Espagne, du 29 juillet 1566, qui, en interprétant l'art. 68 de la coutume d'Artois, déclare que « sous ces mots, *Douaire préfix ou conconvenancé*, contenus en icelui, *sont compris tant la dot et portement de mariage des femmes*, si avant qu'ils consistent en biens meubles ou reputés par ladite coutume pour meubles, *que tout le gain et profit stipulé retourner auxdites femmes* après le mariage dissolu; et qu'en tout ce, lesdites femmes *ne doivent avoir audit pays aucun privilège, préférence ou hypothèque sur les biens de leurs feus maris* à l'encontre des créditeurs; ains, pour y avoir hypothèque et préference, convient qu'elles se pourvoient comme les autres créditeurs non privilégiés »; — 2°. La note de

Digitized by Google

Boudot de Richebourg, dans le Coutumier général, sur le même art. 168, où il dit que, « sous cette dénomination *de droit au Douaire préfix*, il faut entendre, en Artois, tout ce qui peut être stipulé devoir retourner à la femme, soit sa dot mobilière qui tombe toujours en communauté, soit son préciput ou autres avantages portés par son contrat de mariage.....; que sur ce fondement, par arrêt du 31 août 1713, en la seconde chambre des enquêtes, au rapport de M. Daverdoin, en infirmant une sentence du conseil d'Artois, du 10 mars 1712, on a jugé que la veuve ne pouvait prétendre Douaire coutumier sur les propres de son mari, *lorsqu'elle profite*, en vertu de son contrat de mariage, *de la portion que son mari avait dans la communauté*»; —3°. Maillart, dernier commentateur de la coutume d'Artois, qui, dans ses notes sur l'art. 168, dit que « ces mots *droit préfix* embrassent toutes les conventions matrimoniales faites au profit de la femme; que telle a été la décision du souverain dans un placard du 29 juillet 1566, donné en interprétation de l'art. 168, et ce qui a été jugé par un arrêt de la cour du 31 août 1713 ». — Maillart s'était déjà exprimé de la même manière sur l'art. 166 de la même coutume, n. 93 de la nouvelle édition de son Commentaire: « En Artois (avait-il dit), on nomme *Douaire*, ou *droit préfix*, ou *convenance*, tout ce qui est stipulé dans le contrat de mariage en faveur de la femme, ainsi que la reprise de sa dot mobilière tombée en communauté, le préciput, tout le gain et profit que la femme peut demander, après la dissolution du mariage, en vertu de son contrat; tout cela est nommé *droit préfix*, suivant le placard du 29 juillet 1566 ».

On répondait, de la part de la veuve Bontems, que non seulement une stipulation dans laquelle le Douaire n'était pas exprimé, ne pouvait pas tenir lieu de ce droit, mais que l'on devait être assuré que l'intention des parties contractantes n'avait point été que la clause de leur contrat de mariage qui portait que le survivant aurait la propriété de tous les meubles et effets du premier mourant, dut être considerée comme devant tenir lieu de Douaire préfix. — « En effet, disait-elle, qu'entend-on en général par Douaire préfix? C'est l'assignation d'une somme de deniers une fois payée, ou d'une rente dont la femme survivante jouira pendant sa vie. Ce droit est donc certain, et c'est par cette raison qu'on l'appelle *préfix*: il ne peut être sujet à aucune variation; en tout événement, il faudra que les heritiers du mari payent à la femme, en cas de survie, ou la somme promise, ou la rente constituée. En peut-on dire autant d'une donation, en cas de survie, de tous les biens et effets de la communauté, à la charge de payer toutes les dettes? Ce ne serait plus alors un droit *certain* dans la façon même de raisonner de l'appelante: au lieu d'un *Douaire préfix*, il n'y aurait qu'un *Douaire conditionnel*, et qui deviendrait illusoire, si la communauté, au lieu de fructifier et devenir avantageuse, se trouvait chargée de dettes; en sorte que la femme, devenue veuve, n'aurait d'autre parti à prendre que d'y renoncer pour s'exempter de les payer.—Du reste, tout ce qui resulte de l'art. 168 de la coutume d'Artois, c'est que le Douaire conventionnel et préfix n'est pas privilégié; qu'il n'est réputé qu'une simple dette chirographaire pour laquelle la femme vient à contribution sur les biens de son mari, *en cas de rompture*. Dès-là, quand le placard de Philippe II porte que, sous les mots *Douaire préfix ou enconvenance*, sont compris *tant la dot et portement de mariage, que tout le gain et profit* qui doit retourner aux femmes après la dissolution de la communauté, ces termes signifient seulement, que pour la dot que les femmes apportent, ainsi que pour le gain et profit que le contrat de mariage leur assure, elles n'ont pas de privilège ni d'hypothèque sur les biens de leurs maris; que pour acquérir cette hypothèque, elles doivent se pourvoir de même que les autres créanciers non privilégiés par les voies que la coutume indique; sans qu'on puisse induire du placard de 1566, qu'une femme qui prend le Douaire coutumier, ne doive pas profiter des avantages que son mari lui a faits; c'est ce qui demontre que Boudot de Richebourg et Maillart se sont trompés dans leur interprétation de l'art. 168 de la coutume d'Artois; et que s'il est vrai que l'arrêt du 31 août 1713 ait jugé suivant cette opinion, cet arrêt ne doit pas être suivi, parcequ'en Artois, ainsi que par-tout ailleurs, l'option que fait la femme du Douaire coutumier, ne la rend pas incapable des donations dont le mari l'a gratifiée par leur contrat de mariage ».

Sur ces moyens respectifs, amplement discutés de part et d'autre, arrêt de la troisième chambre des enquêtes, du 30 août 1760, au rapport de M. Boula de Montgodefroi, qui confirme la sentence du conseil d'Artois, et juge par conséquent que la veuve Bontems peut cumuler son Douaire coutumier avec le don de la part de son mari dans la communauté mubilière.

XIII. Mais venons aux coutumes qui déclarent expressément le don incompatible avec le Douaire.

Ces coutumes sont Angoumois, art. 53 et 54; la Rochelle, art. 29; Poitou, art. 319; Xaintonge, tit. 9, art. 79; Touraine, art. 337; Lodunois, art. 313; Bretagne, art. 206; Anjou, art. 310; le Maine, art. 323; Normandie, art. 386; Perche, art. 97.

Mais toutes ces coutumes n'ont pas le même esprit ni les mêmes dispositions.

Par exemple, celle du Perche dit simplement que « pendant le temps que la femme jouira des immeubles à elle donnes par don mutuel, y aura confusion de son Douaire; et, icelui expiré, aura lieu ledit Douaire ».

La coutume d'Angoumois n'établit l'incompatibilité que relativement aux biens propres. Suivant l'art. 53 de cette loi, le mari ne peut donner à sa femme que le tiers de son patrimoine en usufruit; et les deux autres tiers doivent appartenir aux héritiers, francs et quittes des charges dès l'instant

Digitized by Google

du décès. C'est d'après cela que les rédacteurs ont arrêté, par l'art. 53, que le don et le Douaire ne peuvent concourir sur le patrimoine, le mari ne pouvant charger ni de l'un ni de l'autre les deux tiers de ses propres. Si donc il en donne à la femme le tiers en jouissance; elle ne peut plus prendre la jouissance de ce même tiers pour son Douaire. Si elle prend le tiers pour son Douaire, elle ne peut plus l'avoir en vertu de la donation qui lui est faite. A quelque titre qu'elle agisse, elle ne peut prétendre que la jouissance du tiers des propres pour don ou pour Douaire, à moins que la propriété ne lui en ait été donnée par contrat de mariage. Alors, préférant le don, elle n'aura de Douaire que sur les autres biens libres, si la donation ne les embrasse pas tous.— En un mot, le génie de cette coutume est que le don et le Douaire peuvent coucourir sur tous les biens de libre disposition, mais qu'ils ne peuvent pas les excéder.

C'est la même chose en Poiton.

Dans le Maine et dans l'Anjou, la prohibition du concours du don et du Douaire est indefinie sur les immeubles du mari, et la femme n'a que l'option, ou du Douaire, ou de la donation sur les immeubles; mais elle peut être douairière sur ces biens, et donataire des meubles.

Et encore est-il à remarquer que, suivant plusieurs commentateurs, tels que Dupineau, sur l'art. 310 de la coutume d'Anjou, et Olivier de Saint-Vaast, sur l'art. 323 de celle du Maine, la disposition par laquelle ces deux lois municipales établissent que la veuve ne peut avoir, tout ensemble, don et Douaire sur les immeubles, doit être entendue des immenbles sujets à Douaire, et par conséquent restreinte aux propres et aux acquêts faits avant le mariage; en sorte que la femme à qui son mari a donné sa part des conquêts, n'est pas pour cela privée de son Douaire.

Les avocats de la sénéchaussée du Mans ont attesté, le 17 juin 1722, que tel était leur usage. Mais il parait qu'en Anjou on s'attache à la disposition littérale de la coutume. On suit en cela l'opinion de Pocquet de Livonière, en ses Observations sur l'art. 310.

En Bretagne, la coutume porte indéfiniment que la « femme ne peut avoir don et Douaire ensemble ». Mais les avis du barreau de Rennes sont partagés sur la question de savoir si cet article doit être restreint au seul don d'immeubles, ou si le don même des meubles est incompatible avec le Douaire sur les biens fonds ?

Les raisons du premier parti sont, 1°. que, suivant le témoignage de d'Argentrée en son Aitiologie, l'art. 206 a été ajouté dans la nouvelle coutume de Bretagne, à l'exemple des coutumes voisines, et qu'ainsi, dans le doute sur le sens et l'étendue de cet article, on doit recourir aux coutumes du Maine, d'Anjou, de Poitou, qui n'établissent l'incompatibilité que dans le cas d'une donation d'immeubles; 2°. que le même texte suit immédiatement un article qui ne parle que du don d'immeubles, qu'il y est absolument relatif, que par conséquent il ne s'applique pas à la donation mobilière.

Les partisans de l'opinion contraire répondent, 1°. que les réformateurs ont pu être déterminés par la disposition des coutumes voisines, sans avoir cependant eu l'intention de se conformer à la limitation portée par ces coutumes; et que s'ils avaient voulu l'adopter, ils l'auraient exprimée, comme ces coutumes, par le mot *immeubles*, ou par quelque autre terme restrictif; 2°. que l'ordre des articles est une raison très faible, parceque l'arrangement est ce que les réformateurs ont le plus négligé dans la rédaction de la coutume; qu'on en pourrait citer une infinité d'exemples, mais qu'il suffit de s'attacher à l'article 209 qui précède les articles 210 et 211, à la suite desquels il devrait être pour se trouver à sa place; qu'il est plus naturel de penser que la loi autorisant la donation pure et simple de meubles faite par contrat de mariage, le terme générique de *don* porte dans l'art. 206, s'applique sans distinction à toute donation pure et simple, autorisée par la loi; qu'enfin la loi n'a besoin d'interprétation que lorsqu'elle est obscure ou équivoque; qu'on ne peut supposer ici ni équivoque ni obscurité; que la loi exclut en général du Douaire toute femme qui a reçu une donation de son mari, et qu'on ne doit pas distinguer, quand la loi ne le fait pas.

Si ces raisons respectives rendent la question problématique, les arrêts qui l'ont jugée ne dissiperont pas l'incertitude. Parmi ces arrêts, ceux qui ont été rendus dans les temps les plus voisins de la réformation de la coutume, ont adopté la première opinion. Ils sont rapportés par Bélordeau, en ses Controverses, lettre D, §. 135, et dans ses Observations forenses, lettre C, chap. 2.

Mais, dans des temps postérieurs, la coutume a été interprétée différemment. Perchambault, sur l'art. 206 de la coutume, rapporte un arrêt du 12 janvier 1671, par lequel le parlement de Bretagne a jugé qu'une donation de 150 liv. avait éteint le Douaire.

Par un autre arrêt du 28 novembre 1681, rapporté dans les Observations de Sauvageau sur l'article cité, il a été décidé que la donation de 6,000 liv. faite à Gabrielle des Rochers par Michel l'aîné des Rabines, était, dans la personne de cette femme, incompatible avec le Douaire.

La même chose a été jugée, suivant cet auteur, par un arrêt du 16 mars 1693, contre la dame Louise Ponllain, donataire du sieur Duplessis Ravenel, son mari, d'une somme de 3,000 liv.

La question s'est représentée en juillet 1741, au rapport de M. du Guiny de Kerhos; mais elle n'a pas été décidée; et le parlement de Bretagne a simplement jugé, dans cette occasion, que la clause qui était présentée comme une donation, n'en était pas une. Voici l'espèce de cet arrêt, telle qu'elle nous a été conservée par Poulain du Parcq, en ses notes sur l'art. 206 de la coutume de Bretagne: — « Le contrat de mariage de la demoiselle Renault (avec Gabriel Nau) portait, 1°. qu'en cas de prédécès du

Digitized by Google

mari, elle aurait son trousseau, ses hardes, linges et habits de deuil, suivant sa condition; 2°. qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendrait tout ce qu'elle y aurait apporté; 3°. qu'elle aurait de plus son lit et sa chambre garnie, évaluée à 600 liv., qu'elle prendrait hors part de communauté, soit qu'elle l'acceptât, ou qu'elle y renonçât. 4°. Le Douaire fut fixé à 150 liv., si elle n'aimait mieux le Douaire coutumier. — Le mari étant mort, la veuve renonça à la communauté; et leur fils unique étant aussi mort quelque temps après, elle renonça à sa succession, et assigna les héritiers collatéraux dans la juridiction de Sainte-Julie. Le seul sujet du procès fut la stipulation des 600 liv. que ces héritiers contestèrent comme une donation incompatible avec le Douaire; ils acquiescèrent aux autres chefs. — Par sentence du 12 janvier 1739, le Douaire de 150 liv. fut adjugé, le trousseau et les habits de deuil ne furent portés qu'à 300 liv., la reprise de ce que la veuve avait apporté dans la communauté fut ordonnée, les 600 liv. pour le lit et la chambre garnie furent adjugées. — Sur le contredit de cette sentence, le chef des 600 liv. fut réformé au présidial de Nantes, le 8 mai 1739. — La veuve releva appel au parlement, et les parties agitèrent respectivement la question de savoir si l'article 206 de la coutume s'appliquait au don mobilier. Mais le seul motif qui détermina la réformation de la sentence du présidial, fut que le trousseau et les habits de deuil avaient été bornés par la sentence du premier juge à 300 liv., à cause de l'autre disposition par laquelle la somme de 600 liv. avait été adjugée; et que n'y ayant pas d'inventaire de tous les effets de la communauté, il n'était pas possible de juger si ces deux sommes réunies excédaient ce que la veuve eût pu prétendre pour son trousseau et pour ses habits de deuil. Ainsi la stipulation de la somme de 600 liv. ne fut point regardée comme une donation ».

Il vient d'être rendu au même parlement de Rennes, un arrêt qui ne paraît pas aussi étranger que le précédent à la difficulté dont il s'agit. Dans l'espèce sur laquelle il est intervenu, deux questions se présentaient à juger: la première était de savoir si, dans cette province, le Douaire est incompatible avec le don mobilier: la seconde, si, en supposant l'incompatibilité, une femme majeure, mais qui, par son état, doit être rangée dans la classe de personnes rustiques, peut se faire restituer pour lésion énorme, contre l'acceptation du don mobilier, et s'en tenir au Douaire.

Voici les faits qui ont donné lieu à ces deux questions: nous les prénons dans la *Gazette des tribunaux*.

« En 1761, Jean Rivoul ayant deux enfans d'un premier mariage, épousa Marie-Magdelaine de Poder. Son contrat de mariage n'offre qu'une seule disposition, par laquelle il donne à sa future épouse une somme de 1,500 livres, par forme de prélèvement sur la communauté future, et sur ses propres, en cas d'insuffisance de mobilier; et il n'est rien dit du Douaire qui devait être de plus de 300 livres de rente viagère, eu égard au patrimoine de Jean Rivoul.

» Rivoul meurt en 1780, laissant un mobilier de plus de 6,000 livres; sa veuve se rend communière, et reçoit des deux enfans de son mari 375 livres *pour ce qui leur incombait* à lui payer du contenu en son contrat de mariage, déclarant leur donner entière quittance, ce touchant. Cette somme était en effet leur portion, parceque la Poder, en sa qualité de communière, confondait la moitié des 1,500 livres, et que deux enfans qu'elle avait eus de son mariage, en doivent un quart.

» Elle demande son Douaire à ses deux beaux-fils: ils lui opposent l'art. 206 de la coutume de Bretagne, qui établit l'incompatibilité du don avec le Douaire. Elle offre de rendre les 375 livres; et, par sentence, elle est déclarée non recevable. Sur l'appel porté dans une juridiction supérieure, elle prend des lettres de restitution contre sa quittance des 375 livres; sur le fondement de la lésion énoncée: elle succombe une seconde fois, et interjette appel au parlement.

» M. Frot, son défenseur, a publié un mémoire dans lequel il a soutenu, 1°. que le prélèvement des 1,500 livres n'était pas un don incompatible avec le Douaire; 2°. que la quittance de 375 livres n'était pas une option du don, mais le fruit de l'erreur et de la surprise; 3°. enfin, que la prétendue option renfermant une lésion énorme, et la Poder étant une femme rustique, elle pouvait être restituée contre l'acceptation du don fait par erreur.

» Il paraît que ce dernier moyen a fixé l'attention des magistrats, et déterminé leurs suffrages.

» Arrêt du 21 juillet 1784, au rapport de M. Hingam de La Tremblaie, par lequel la cour a mis l'appellation et ce au néant, corrigeant et réformant, a enterîné les lettres de restitution, jugé valable l'offre de restituer les 375 livres, et accordé le Douaire que la Poder demandait ».

L'enterinement des lettres, est, comme l'on voit, une preuve qu'elles ont paru nécessaires pour faire cesser l'incompatibilité, et par conséquent, que les juges ont trouvé une incompatibilité véritable entre le Douaire et le don mobilier.

XIV. Une autre question qui est commune à la Bretagne, au Maine, à l'Anjou et à la Touraine, est de savoir si la donation mutuelle est comprise dans la loi de l'incompatibilité?

Nous trouvons tous les commentateurs réunis en faveur de la négative.

Pour la Bretagne, Frain, en son plaidoyer 81, Perchambault et Poulain du Parc, sur l'art. 206, mettent en principe que *le don mutuel n'empêche le Douaire*, parceque, dit le second de ces trois auteurs, il n'est pas regardé comme une pure libéralité.

Pour le Maine et l'Anjou, Olivier de Saint-Vaast, tome 3, page 108, dit, d'après les annotateurs d'Argou, que la prohibition du concours du Douaire avec la donation, s'entend « du don porté par contrat de mariage, et non du don mutuel qui se fait

Digitized by Google

pendant le mariage..... S'il en était autrement, le don mutuel ne serait point égal, puisque la veuve, pour en profiter, serait nécessitée de renoncer à son Douaire ».

Pour la Touraine, Cottereau établit les mêmes principes, en son *Droit général de la France*, n. 9774; et il les confirme par les suffrages de plusieurs jurisconsultes, qui ont fait des notes sur la coutume de cette province.

XV. Il y a des conventions matrimoniales qui ont la plus grande affinité avec les douations, et qui, par cette raison, occasionnent souvent des difficultés sur leur concours avec le Douaire. On en a déjà vu un exemple dans l'arrêt rendu au parlement de Bretagne, au mois de juillet 1741; en voici quelques autres.

Par le contrat de mariage de Nicolas Drouin et de Marie Hubi, celle-ci avait apporté une somme de 6,000 liv., à la charge qu'en cas de survie sans enfans, et de renonciation à la communauté, elle reprendrait cette somme avec tous ses propres, 1,000 liv. pour ses bagues et joyaux, et 3,000 *liv. d'accroissement desdites* 6,000 *liv.* Le mari meurt, la veuve renonce à la communauté, se fait adjuger son Douaire, et prétend ses conventions matrimoniales. On lui oppose l'incompatibilité, et l'on soutient que *l'accroissement* de 3,000 liv. est une donation. Elle répond que cette clause n'est pas une libéralité; qu'elle n'est que la récompense de son apport, que c'est par conséquent un contrat onéreux, que la coutume n'en prohibe pas le concours avec le Douaire, et qu'après tout, son mariage est antérieur à la réformation de cette loi municipale. — Sentence du présidial de Tours, qui adjuge à Marie Hubi toutes ses demandes. Appel. Arrêt qui ordonne une enquête par Turbes. L'enquête s'est tenue à Tours le 16 septembre 1578, et il y a apparence que le résultat en a été favorable à la veuve, puisque, par l'arrêt définitif, la sentence a été confirmée. (*Cottereau*, n. 9780.)

La dame de Bois-le-Comte avait stipulé par son contrat de mariage, qu'en cas de survie et de renonciation, elle aurait un préciput de 11,000 liv.; ce cas arrivé, ses enfans lui refusent le préciput, sous prétexte que c'est un avantage incompatible avec le Douaire. Elle répond que le contraire est décidé par Pallu, sur la coutume de Touraine, et par Perchambault, en ses Observations sur celle de Bretagne, page 386. — Par sentence arbitrale du 27 janvier 1710, cinq avocats de Tours ont prononcé en sa faveur.

Un contrat de mariage renfermait la clause suivante : « le survivant prendra, par préciput, la somme de 1,000 liv.; et, si c'est le futur époux, ses habits et linges, livres, harnais et chevaux; si c'est la future épouse, ses linges et vêtemens..... en outre sa chambre garnie, de valeur de 500 liv. La future épouse, en cas de renonciation, reprendra ce qu'elle aura apporté, et ce qui est attribué par la coutume à la femme qui renonce, même le préciput ci-dessus accordé ». — On a demandé si la femme pouvait, en renonçant, prendre son préciput en même temps que son Douaire, sur les propres de son mari? Une sentence arbitrale du 10 juillet 1761, a décidé qu'elle le pouvait. (*Cottereau*, n. 9782 et 9783.)

XVI. Mais voici une autre question. La coutume du Maine, à l'exemple de celles de Normandie, (*V.* ci-devant, sect. 1, §. 5), de Poitou, de Bretagne et d'Anjou, accorde à la veuve, après la mort des ascendans de son mari, arrivée postérieurement au décès de celui-ci, le droit de prendre sur leurs biens le même Douaire qu'elle y aurait eu, si ces biens s'étaient trouvés dans la succession de son mari. — Cela posé, on a demandé, dans cette coutume, si une femme qui, à la mort de son mari, n'avait pas voulu être donatrière, et avait préféré la donation qu'il lui avait faite, pouvait par la suite, lorsque sa belle-mère était venue à mourir, prétendre son Douaire sur les biens délaissés par celle-ci?

La question a été proposée à Boullenois. Ce jurisconsulte a débuté dans sa consultation, par établir que pour écarter, dans ce cas, l'incompatibilité qui était objectée à la veuve, il fallait présupposer dans la coutume deux Douaires indépendans l'un de l'autre et entièrement détachés, le premier sur les biens du mari, le second, sur les biens du père et de la mère du mari décédés après lui, en sorte que l'on pût répudier l'un et accepter l'autre. — « Mais, a ajouté Boullenois, ce système serait une véritable illusion : l'art. 323 de la coutume exclut don et Douaire; celle qui accepte l'un est forclose de l'autre : la coutume n'admet pas deux Douaires; il n'y en a qu'un, mais qui s'étend sur les héritages du mari et sur ceux de son père et de sa mère, quand ils survivent; et cette extension n'est que la suite, la conséquence et la dépendance du Douaire sur les biens du mari : elle a pour racine vivifiante la qualité de douairière sur les biens du mari. C'est de cette qualité que flue le droit que la veuve a sur les biens du père et de la mère de son mari; si elle se dépouille de cette qualité, elle rompt elle-même le fil de continuité auquel est attaché le droit du Douaire sur les biens du père et de la mère qui survivent son mari ».

Nous n'entrerons pas dans le détail des raisons que Boullenois accumule pour justifier cette résolution : il faut les voir dans sa consultation même qui est imprimée dans ses Observations sur Rodemburg, tome 2, page 199; mais ce qu'il importe d'ajonter, c'est que l'unité des deux Douaires qui fait la base de cet avis, a été hautement reconnue par le parlement de Normandie, lorsque, par l'arrêt rapporté ci-devant, sect. 2, il a jugé que la demande en délivrance du Douaire, formée après la mort du mari, étend d'elle-même son effet sur les biens du beau-père décédé depuis.]

XVII. En quittant cette matière, nous devons observer que les dispositions des coutumes sur le concours ou l'incompatibilité de la donation et du Douaire sont des statuts réels qui exercent leur empire sur les biens situés dans leur territoire, à l'égard même des personnes qui n'y sont point domi-

Digitized by Google

ciliées. L'incompatibilité dont il s'agit, a lieu, quoique les biens sujets au Douaire et les biens compris dans la donation soient situés sous différentes coutumes, quand ces coutumes ont l'une et l'autre pareille disposition sur l'incompatibilité du Douaire et du don : c'est pourquoi si les biens sujets au Douaire, sont dans l'Anjou, et ceux de la donation à Paris, la femme sera obligée d'opter; mais elle pourra être donairière des biens de l'Anjou, et donataire des biens situés sous la coutume de Paris; et, dans le cas inverse, si tous les biens sujets au Douaire, sont situés à Paris, et qu'il n'y en ait aucun en Anjou sujet à ce même Douaire, elle sera donairière des biens de Paris et donataire des biens d'Anjou.

Si le Douaire était conventionnel, et qu'il consistât dans la rente viagère d'une certaine somme d'argent, ce Douaire étant alors à prendre sur tous les biens du mari, si ce mari domicilié à Paris avait des biens dans l'Anjou, ces biens, comme étant sujets au Douaire, ne pourraient plus être compris dans la donation, des que la femme préférerait l'exercice de son Douaire à cette même donation.

[Et il n'importe à cet égard que le contrat de mariage ait été passé dans une coutume où le don et le Douaire ne peuvent concourir. Car les coutumes qui défendent ce concours, sont prohibitives-négatives; et si l'on ne peut pas y déroger par une convention expresse, à bien plus forte raison ne le peut-on pas par la stipulation tacite qui résulte en certains cas de la soumission présumée des contractans à la loi de la passation d'un contrat. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt rendu pour le Maine : « Et a lieu la décision du présent article (dit Brodeau sur l'art. 323 de la coutume de cette province), bien que le contrat de mariage ait été passé en une autre coutume, ce qui ne peut pas opérer que le don et le Douaire se prennent sur les biens situés en cette coutume, comme il a été jugé contre la veuve du sieur de La Forêt, pour la terre de la Forêt, située au Maine, près Beaumont, par arrêt du 18 juin 1649, donné en la cinquième chambre des enquêtes, au rapport de M. Lattaignant, confirmatif de la sentence du juge de Mayenne du 12 juillet 1644 ».]

[[XVIII. L'incompatibilité entre le don quelconque et le Douaire, soit coutumier, soit conventionnel, a été abolie dans toutes les coutumes où elle avait lieu, par les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivose an 2; et à compter du jour où cette loi a été exécutoire, toute femme qui est devenue veuve, a pu cumuler le Douaire même avec les donations que son mari lui avait faites sous l'ancienne législation. *V. Don mutuel*, §. 2, n. 8; et le plaidoyer du 3 floréal an 13, rapporté à l'article *Conventions matrimoniales*, §. 1.]]

§. III. *Suites de l'extinction du Douaire.*

Aussitôt que l'usufruit de la donairière est éteint par sa mort ou autrement, l'héritier du mari rentre de plein droit dans la jouissance des héritages affectés au Douaire; ou il est déchargé de l'obligation de continuer la rente qu'il payait à la douairière, lorsque cette rente faisait par convention le sujet de son Douaire.

Si, lors de l'extinction du Douaire, les héritages se trouvent avoir été affermés par la douairière, l'héritier n'est pas obligé d'entretenir les baux, parceque la femme n'a pu affermer qu'en qualité de douairière, et les fermiers ont dû savoir qu'à sa mort tout leur droit serait éteint. Ces fermiers n'ont même aucun recours en garantie contre les héritiers de la femme, à moins qu'elle ne leur ait fait les baux en son propre nom et en leur dissimulant qu'elle était simplement usufruitière. — [[Mais *V. Bail*, §. 13.]]

Le propriétaire, en prenant la jouissance des héritages dont il s'agit, doit souffrir que les héritiers de la douairière emportent de la maison tout ce qu'elle y avait placé, pourvu que l'enlèvement puisse s'en faire sans détérioration : ils peuvent enlever les chambranles, les boiseries, les alcoves des appartemens, les bestiaux de cultnre dont la douairière est censée avoir payé le prix en entrant en jouissance, à moins que le propriétaire n'offre de rembourser tous ces objets à dire d'experts. Mais ils ne peuvent rien enlever de ce qu'a placé, fait ou fait faire la douairière, pour s'acquitter des obligations d'entretien qui la concernaient.

Lorsque le propriétaire trouve des fruits à recueillir, est-il obligé de rembourser aux héritiers les frais qu'il en a coûté à la douairière pour les faire venir? *V. Usufruit.*

Quand la douairière a fait de grosses réparations qui n'étaient point à sa charge, parcequ'on suppose qu'elles ne sont point survenues faute d'entretien, il n'est pas douteux que le propriétaire ne doive les rembourser. Mais quant aux améliorations, aux constructions et aux plantations qu'elle a faites dans les biens dont elle jouissait et sans consulter le propriétaire, ses héritiers n'ont rien à prétendre.

On objectera peut-être que cette décision est contre la maxime qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est cum alteriùs damno locupletari;* mais qu'on fasse attention que cette règle de droit nes'applique qu'en faveur de ceux qui ont fait des dépenses de bonne foi en les faisant sur un terrain qu'ils croyaient leur appartenir, et non de ceux qui savaient le contraire et qui n'étaient nullement obligés à ces dépenses auxquelles le propriétaire n'eût peut-être pas voulu s'engager. Toute la faveur que méritent ces dépenses, est de les faire entrer en compensation avec les dégradations dont le propriétaire pourrait se plaindre; car il serait déraisonnable qu'il pût exiger le paiement de ces dégradations, tandis que d'un autre côté il profiterait des améliorations. Dans le cas où quelqu'un fait des dépenses de bonne foi croyant les faire sur son bien, il est présumé ne les avoir faites que pour lui; aussi est-il juste qu'il en soit remboursé du moins jusqu'à concurrence de ce que l'heritage en est devenu meilleur; au lieu que lorsqu'il les fait sur un terrain qu'il sait appartenir à

Digitized by Google

autrui, il est présumé en faire un don au propriétaire, dès qu'il prévoit que ce qui fait l'objet de ces dépenses ne pourra pas s'enlever sans détérioration. *V. Améliorations.*

Les héritiers de la douairière sont tenus envers le propriétaire, non seulement des dégradations commises, mais encore des pertes survenues par prescription ou par usurpation, faute par la douairière de les avoir empêchées, ou du moins d'en avoir averti le propriétaire. [[*Code Napoléon, art.* 614.]]

L'acquéreur qui représente ce propriétaire, est censé, par la vente, avoir acquis en même temps le droit d'en demander raison, quoique cela ne soit pas nommément exprimé. Mais lorsque l'héritier du mari, après un certain temps de jouissance, rachète de la douairière son usufruit pour une certaine somme, si par le contrat les parties ne se sont point expliquées sur les réparations à faire, sur les dégradations commises, sur les choses ou les droits perdus, cet héritier conserve-t-il ses actions en indemnité contre la douairière ou contre ses héritiers?

Pothier pense qu'il les conserve. Mais nous croyons qu'il y a lieu de faire une distinction. Comme il n'est pas naturel qu'un propriétaire traite avec un usufruitier, sans savoir auparavant en quel état sont les lieux afin de porter le rachat à son juste prix, nous pensons que s'étant aperçu des réparations à faire et des dégradations qui étaient en évidence, il a dû en raisonner lors du marché; et que ces objets sont entrés en considération dans l'arrangement. Mais pour ce qui est des droits dont il a ignoré la perte, comme il devait naturellement les croire subsistans dans leur entier, nous pensons en ce cas avec Pothier, qu'il est fondé, après le rachat, à demander raison de la perte de ces droits, sur lesquels on peut justement présumer qu'il n'y a eu aucune explication lors du contrat.

Observez que si la douairière avait fait une remise gratuite de son usufruit, l'héritier qui l'aurait acceptée, aurait de la peine à la rechercher pour des droits perdus, à moins qu'il ne fût comme évident que la douairière ne lui a tendu ce piége que pour se sauver des dommages-intérêts auxquels sa négligence l'avait exposée.

Si les heritiers de la douairière prévoyant la mort prochaine de cette femme, lui avaient fait recueillir par anticipation certains fruits, et qu'elle fût morte avant le temps où l'on aurait dû naturellement en faire la recolte, il est sans difficulté que les héritiers en seraient comptables au propriétaire.

Nous avons dit que le propriétaire entrait de plein droit dans la jouissance de ses héritages après l'extinction du Douaire; il en résulte que si les héritiers de la douairière avaient continué cette jouissance à son préjudice, il serait fondé à demander une restitution de fruits quoiqu'il ne leur eût fait aucune sommation de vider les lieux. Mais si le Douaire consistait dans une somme payée à la veuve, la répétition de cette somme ne produirait d'intérêts que du jour de la demande, parceque le droit de l'exiger ne serait autre chose que celui d'une créance personnelle dont chacun des héritiers de la femme ne serait même tenu que pour sa part et portion.

Section IV. *Du Douaire des enfans.*

Le même motif qui a fait assurer un sort à la femme pour sa subsistance après la mort du mari, a déterminé quelques coutumes, comme nous l'avons dit en commençant, à pourvoir aussi à la subsistance des enfans sous le même titre, qui est celui de *Douaire;* mais avec cette différence que l'avantage commun à la mère et aux enfans n'est usufruit que pour la mère, et qu'il demeure après sa mort en propriété pour les enfans.

Parmi les coutumes où le Douaire est introduit en faveur des enfans, il y a une grande variété de dispositions à ce sujet. Il y en a plusieurs qui n'accordent ce Douaire qu'aux enfans dont le père était noble d'une noblesse transmissible lorsqu'il s'est marié. Il y en a d'autres qui font encore des distinctions; elles accordent le Douaire dans les biens roturiers et le refusent dans les fiefs; d'autres enfin qui donnent aux enfans la propriété du Douaire conventionnel accordé par un homme noble à sa femme, et qui gardent le silence sur le Douaire coutumier.

Parmi les coutumes qui ne font exactement aucune distinction et qui font passer en propriété aux enfans le Douaire de la mère, est la coutume de Paris; et c'est d'après cette coutume que nous allons parler du Douaire, qui fait l'objet de cette section.

§. I. *Nature du Douaire des enfans. — Cas où il a lieu.*

Le Douaire des enfans étant le même Douaire que celui de la mère, il est dès-lors de la même nature, c'est-à-dire, qu'il ne doit pas être regardé comme une libéralité du père, mais comme une dette imprimée par la loi sur ses biens, lors du mariage, pour demeurer propre aux enfans qui en naîtraient, sans être sujet à un retranchement de légitime pour les enfans d'un mariage subséquent.

Mais dans les coutumes où les enfans n'ont point de Douaire, la convention par laquelle on stipule que celui de leur mère leur sera propre, ne peut être regardée que comme une libéralité faite en leur faveur par anticipation, laquelle dès-lors devient sujette à un retranchement de légitime en faveur des enfans d'un autre mariage. Ce retranchement a lieu aussi dans les coutumes d'égalité parfaite qui obligent les enfans, quoique non renonçant à la succession, au rapport des douations qui leur ont été faites. Ces deux points de droit ont été ainsi jugés par un arrêt du 16 mars 1764, cité par Pothier.

On assimile le Douaire des enfans à une espèce

Digitized by Google

de légitime; mais il en diffère à bien des égards. *V. Légitime*, sect. 2.

Comme le Douaire des enfans est la propriété des choses accordées en usufruit à la mère, lorsqu'il y a exclusion de Douaire pour celle-ci, il y a exclusion de Douaire pour les enfans. Mais si par le contrat de mariage, il y avait pour la femme une donation universelle, cette faveur serait-elle censée renfermer une exclusion de Douaire pour les enfans? *V.* ci-devant, sect. 1, §. 3

Observez que la femme peut avoir son Douaire, et qu'il peut être dit en même temps que les enfans n'en auront point, tout comme on peut convenir qu'ils en auront dans les coutumes où il ne leur en est point accordé.

[Remarquez cependant qu'à Paris, il est d'une jurisprudence constante, s'il en faut croire Boullenois (*Observations sur Rodemburg*, t. 2, p. 212), que l'on n'y peut pas stipuler un Douaire viager pour la mère et non propre pour les enfans, parceque l'art. 255 de la coutume veut que les enfans aient la propriété du Douaire constitué à la femme.

Nous n'examinerons point si cette jurisprudence est aussi réelle que le suppose Boullenois; nous n'en trouvons aucune trace dans les livres, et nous ignorons si des arrêts qui ne sont pas parveus jusqu'à nous, l'ont confirmée.

Nous n'examinerons pas non plus si l'opinion contraire ne serait pas plus conforme à la règle *qui peut le plus, peut le moins :* si en conséquence on ne devrait pas laisser à des époux en qui l'on reconnaît que réside le pouvoir de stipuler qu'il n'y aura point de Douaire, la liberté de regler que le Douaire dont ils conviennent, ne sera point propre aux enfans; et si, lorsque la coutume décide sans user de termes négatifs, ni prohibitifs, que le Douaire constitué en faveur de la veuve est propre aux enfans, elle n'est pas censée restreindre sa disposition au cas où il n'y aura point de stipulation contraire, par la grande règle que si les coujoints sont maîtres d'empêcher qu'il y ait un Douaire, ils doivent également l'être d'y imposer, en le constituant, telle condition qu'il leur plaît.

Encore une fois, nous fermons les yeux sur tout cela; et, en supposant avec Boullenois que la jurisprudence dont il parle existe vraiment, soit à Paris, comme il l'annonce, soit ce qui paraît plus vraisemblable dans la coutume de Normaudie, nous nous bornerons à l'examen d'une seule question : celle de savoir si lorsque des conjoints mariés dans une coutume où le Douaire est simplement viager, en ont stipulé un de cette nature, et que par l'événement, il ne peut se prendre que sur des biens situés à Paris ou en Normandie, les enfans peuvent prétendre, nonobstant la convention, que ce Douaire doit leur être propre, conformément aux coutumes de Paris ou de Normandie.

En thèse générale, il est certain que la coutume du domicile matrimonial, autorisant la stipulation d'un Douaire préfix et viager, elle doit recevoir toute l'exécution dont elle est susceptible. On a même établi ci-dessus, sect. 1, que si les conjoints avaient stipulé un Douaire en général, sans marquer s'il serait propre ou viager, la convention serait interprétée par la coutume du domicile matrimonial, et qu'il serait propre ou viager, selon que cette coutume l'admettrait de l'une ou de l'autre nature; nous devons ajouter ici qu'il en a été ainsi jugé par un arrêt de la cour des aides de Paris, du 12 mai 1694, rapporté au Journal des audiences; et il en sera cité dans l'instant plusieurs autres qui confirment de plus en plus cette vérité.

Mais la difficulté consiste en ce que dans l'espèce proposée, le Douaire qu'une convention expresse ou présumée a stipulé viager, doit se prendre sur des biens régis par des coutumes négatives et prohibitives d'un pareil Douaire.

Or, stipuler un Douaire qui ne peut être pris que sur des biens situés en des coutumes où il doit nécessairement être propre aux enfans, et cependant le stipuler viager, c'est évidemment lui ôter la qualité de propre, sans laquelle les coutumes de la situation ne l'admettent pas, et c'est frouder une loi négative-prohibitive.

A la bonne heure, qu'un Douaire stipulé viager ait lieu comme tel, quand les biens sont gouvernés par des coutumes qui ne le rejettent pas. En ce cas, la convention ne trouve aucun obstacle. Mais dans l'hypothèse dont nous parlons, la loi de la situation s'oppose à l'exécution du contrat, et sans doute elle en a le droit.

Cependant, et ceci paraît étonner Boullenois, par un arrêt du 4 février 1623, rapporté par Vrevin sur l'art. 120 de la coutume de Chaulny, des enfans furent déboutés de la propriété d'un Douaire constitué à Montfort, où ce droit n'est que viager, encore qu'ils le demandassent sur des biens soumis à la coutume de Paris.

Mais cet arrêt a-t-il jugé la question que nous agitons ici, et ne serait-il pas plutôt fondé sur ce que la coutume de Paris n'est pas, comme le suppose Boullenois, négative-prohibitive du Douaire viager? De ces deux hypothèses, il n'est sans doute personne qui ne préfère la seconde à la première.

Cet arrêt ne doit donc pas être tiré hors de son espèce; et, si la question s'était présentée relativement à des biens régis par une coutume vraiment négative-prohibitive d'un Douaire viager, n'en doutons point, le parlement de Paris l'aurait jugée tout différemment.

Les principes qui justifient cette opinion, s'appliquent avec une égale justesse à la question inverse. Je m'explique.

Il y a des coutumes où le Douaire toujours viager, ne peut pas être stipulé propre. Telle est celle de Bretagne. Supposons qu'un homme dont tous les biens sont dans cette province, mais qui a son domicile à Paris ou le Douaire est propre, accorde à sa femme un Douaire préfix, soit avec la clause qu'il sera propre aux enfans, soit (ce qui revient parfaitement au même) sans aucune explication sur

Digitized by Google

ce point. Dans ce cas, le Douaire sera-t-il propre en Bretagne? Non, répond Perchambault, tit. 1. §. 7, et c'est aussi la décision d'Hévin en ses consultations 98, 99 et 100. V. ce qui est dit sur la même question à l'article *Légitime*, sect. 8, §. 2, art. 1, quest. 6.

Il en serait autrement si le concours n'était qu'entre deux coutumes dont l'une se bornât à déclarer le Douaire propre, et l'autre à le rendre viager, sans que la première défendît de le réduire à un viage, ni la seconde de l'étendre à la propriété.

Par exemple, la coutume de Bourbonnais porte, art. 249, que le « Douaire coutumier ou conventionnel est éteint et fini par le trépas de la femme ».

Voilà une disposition négative; mais elle n'est pas prohibitive, et il est permis dans cette coutume de stipuler que le Douaire sera propre aux enfans. Aussi, par arrêt du 5 mai 1602, rapporté par Bouguier, lettre D, §. 16, il a été jugé au profit des enfans de conjoints mariés et domiciliés à Paris, qu'un Douaire préfix serait pris sur les biens du Bourbonnais, encore qu'il n'eût pas été expressément stipulé propre.

La coutume de Perronne a sur le Douaire, la même disposition que celle de Bourbonnais; et, par arrêt du 23 juin 1663, confirmatif d'une sentence des requêtes de l'hôtel du 29 mai 1662, il a été décidé, même contre un tiers acquéreur, qu'un Douaire stipulé à Paris par deux conjoints domiciliés dans la coutume de Perronne, mais dont le contrat de mariage portait soumission à la coutume de Paris, devait être pri. comme propre, par leurs enfans, sur les biens situés dans la première de ces coutumes. Le contrat de mariage ne disait pas non plus que ce Douaire passerait aux enfans, quoiqu'il fît mention de ceux-ci en plusieurs endroits.

La coutume de Montfort est encore une de celles où le Douaire n'est que viager. Jacques de La Borne qui avait tous ses biens situés dans cette coutume, mais qui demeurait à Paris, avait, par son contrat de mariage, donné Marie Morel sa femme, d'une somme de 600 livres une fois payée et sans retour. La femme était morte la première; et, par-là, le Douaire était absolument éteint à son égard. Après la mort du mari, les enfans renoncèrent à sa succession et se pourvurent contre deux tiers acquéreurs, nommés Pierre et Jeanne Le Blond, en paiement du Douaire constitué à leur mère. Ceux-ci opposèrent en vain que ni la loi de la situation ni le contrat de mariage n'attribuaient à ce Douaire la qualité de propre: par arrêt du 24 avril 1673, « la cour a jugé que pour rendre ce Douaire préfix propre aux enfans, il suffisait qu'au temps du contrat de mariage, Jacques de La Borne et Marie Morel, leur père et leur mère, eussent été domiciliés à Paris, où le Douaire préfix est propre de plein droit aux enfans; et en conséquence on a déclaré ces héritages affectés au Douaire préfix de 600 livres, et condamné Pierre et Jeanne Le Blond à les déguerpir, si mieux ils n'aimaient payer aux deux filles de Jacques de La Borne cette somme de 600 livres pour le Douaire préfix, comme leur étant propre ».

La coutume d'Amiens est, sur cette matière, conforme à celle de Montfort, de Perronne et de Bourbonnais. Le sieur Des Essarts de Lignières, domicilié à Paris, et dont tous les biens étaient situés, partie dans cette coutume, partie dans celle de Perronne, et partie dans celle de Clermont en Beauvoisis qui ne répute le Douaire propre aux enfans que dans certains cas, avait constitué à la dame de Créqui, son épouse, un Douaire de 4,000 livres de rente. Le contrat de mariage portait soumission à la coutume de Paris, dérogation à toute coutume contraire, mais nulle mention que le Douaire dût être propre. Après la mort des deux époux, de trois enfans qu'ils avaient laissés, deux renoncèrent à la succession paternelle, l'autre l'accepta sous bénéfice d'inventaire. Les premiers demandèrent les deux tiers du Douaire constitué à leur mère. Par arrêt du 28 février 1676, rendu en très grande connaissance de cause, et rapporté, comme les deux précédens, au Journal du palais, à l'ordre de sa date, ce Douaire leur fut adjugé jusqu'à cette concurrence; et il fut ordonné qu'il leur serait payé sur la vente faite on à faire des biens situés dans les trois coutumes dont il s'agit.]

Le marquis de Néesle, domicilié à Paris, avait accordé à sa femme un Douaire à prendre sur une terre située sous la coutume de Troyes, et il n'était point parlé des enfans. Comme la coutume de Troyes ne donne point de Douaire aux enfans, il fut question de savoir si le Douaire dont il s'agissait, serait propre aux enfans du marquis; et l'affirmative fut jugée par un arrêt du 8 août 1758, par la raison que la coutume de Paris, où le mariage avait été contracté, suppléait à la convention omise concernant les enfans.

Pothier va plus loin: il décide, et avec fondement, que « quand même il serait porté par le contrat de mariage de personnes domiciliées sous une coutume où le Douaire est propre aux enfans, que la future épouse sera douée du Douaire coutumier, ce Douaire, quoique appelé *Douaire coutumier* par le contrat de mariage, est un Douaire conventionnel dont la qualité doit se régler par la coutume du lieu du domicile des parties contractantes, et, par conséquent, être propre aux enfans, même à l'égard des biens situés sous des coutumes où le Douaire est personnel à la femme »; et, à ce sujet, l'auteur observe que les parties ne sont censées s'en être rapportées aux coutumes sous lesquelles les biens du mari sont situés, que pour régler la quotité du Douaire, et non pour en déterminer la qualité.

[L'arrêt du 28 février 1676, que l'on a cité plus haut, confirme implicitement cette doctrine. — Le contrat de mariage du sieur des Essarts de Lignières et de la dame de Créqui portait que « le futur époux donne la future épouse de 4,000 liv. de rente de Douaire préfix ou de Douaire coutumier, à son choix et option ». — D'après cette clause, l'héritier

Digitized by Google

bénéficiaire et les créanciers opposaient aux enfans qui s'étaient déclarés douairiers, 1°. que le Douaire préfix doit toujours tenir lieu du Douaire coutumier; que l'un n'est que l'image, la représentation et l'imitation de l'autre; que ces deux espèces de Douaires sont sujettes aux mêmes lois, et qu'il faut nécessairement que dans les contrats où l'on constitue un Douaire préfix et un Douaire coutumier, le Douaire préfix soit de la même nature qu'aurait été celui-ci; 2°. que dans l'espèce particulière, le Douaire préfix de 4,000 liv. de rente avait été subrogé au lieu du Douaire coutumier, par le choix qu'on laissait à la veuve de preudre l'un ou l'autre; 3°. que le Douaire coutumier porte par le contrat de mariage du sieur de Lignières, ne pouvait pas être propre aux enfans; qu'il n'y a rien de plus réel que le Douaire coutumier; que qui dit un Douaire coutumier, dit un Douaire tel que le donne la coutume où les biens sont situés; qu'il est impossible de concevoir le Douaire coutumier d'autre manière que tel qu'il est constitué par sa coutume; qu'autrement ce ne serait plus un Douaire coutumier. — Et de tout cela on inférait qu'il était impossible de concevoir que le Douaire préfix dont il était question, fût propre aux enfans, puisque le Douaire coutumier ne l'était pas. — On répondait, 1°. qu'en matière de Douaires coutumiers, il faut faire grande différence entre ceux qui sont purs coutumiers, et ceux qui sont en partie coutumiers et en partie conventionnels; qu'à l'égard des Douaires purement coutumiers, c'est-à-dire, qui viennent de la seule disposition de la coutume, sans qu'il y en ait aucune convention dans les contrats de mariage, ils sont tellement reels et dépendans de la situation des biens qui y sont sujets, qu'ils ne sont jamais propres, quand les coutumes de la situation les déclarent viagers; mais qu'à l'égard des Douaires coutumiers qui deviennent aussi conventionnels quand ils sont stipulés par les contrats de mariage, ils sont toujours propres, même dans les coutumes où les Douaires sont viagers, pourvu que dans les contrats il y ait quelque clause suffisante pour en déférer la propriété aux enfans; 2°. que dans le fait particulier, le Douaire coutumier dont il a été parlé dans le contrat de mariage du sieur de Liguières, y devait être considéré comme propre à ses enfans, suivant la coutume de Paris, même sur tous les biens situés dans les coutumes de Clermont, d'Amiens et de Perronne; et cela tant à cause de la soumission générale à la coutume de Paris, qu'à cause de la renonciation formelle à toutes les coutumes contraires; 3°. que la dame de Créqui étant décédée avant le sieur de Liguières, son mari, et par conséquent n'ayant jamais fait ni pu faire d'option du Douaire coutumier ou du Douaire préfix, les enfans auraient pu indubitablement opter le Douaire coutumier; et que dans ce cas, il leur aurait été propre aussi bien que le préfix. — Ces raisons ont déterminé le parlement de Paris en faveur des enfans douairiers.]

S'il était dit au contrat de mariage que la femme aura à son choix, ou une rente en argent, ou le Douaire coutumier, et que préférant ce Douaire coutumier, les héritages qui y sont sujets se trouvent situés dans une coutume qui ne donne rien aux enfans, ces enfans peuvent-ils prétendre sur ces héritages un Douaire comme ils l'auraient eu sur le principal de la rente, au cas que la mère l'eût acceptée?

Auzanet tient pour la négative: mais nous préférons de penser avec Pothier, que les enfans doivent avoir ce Douaire, parceque le mari, en laissant un choix à sa femme, n'est pas présumé avoir entendu la laisser par-là maîtresse de changer la condition de ses enfans par rapport à ce même Douaire, qui est toujours, quant à sa qualité, Douaire conventionnel et propre aux enfans.

S'il était dit par le contrat que la femme aura *sans retour* ou qu'elle aura *en propriété* ce qui lui est assigné pour son Douaire, la jurisprudence attestée par Renusson, est que cette clause s'entend seulement du cas où il n'y aurait point d'enfans nés ou à naître du mariage, ou que ces enfans se porteraient héritiers de leur père.

[C'est même ce qu'a décidé l'arrêt du 24 avril 1673, dont il vient d'être parlé. Car, dans cette espèce, il était dit que le Douaire de 600 livres une fois payées, constitué par Jacques de La Borne à Marie Morel, sa femme, était *sans retour*, et cependant il a été adjugé aux enfans comme propre.]

Auzanet avait cru qu'il suffisait qu'il y eût des enfans, quand même ils se porteraient héritiers, pour que la femme ne pût avoir la propriété de son Douaire; mais Renusson rapporte deux arrêts qui ont jugé directement contre cette opinion.

§. II. *Choses sujettes au Douaire des enfans.*

Les enfans doivent avoir pour Douaire en propriété ce que leur mère avait en usufruit; et leur propriété doit s'étendre à tous les objets sur lesquels, comme nous l'avons vu dans la section première, leur mère avait un droit de jouissance; de sorte que ce qui n'était pas sujet au droit de celle-ci, ne l'est pas à celui de ses enfans; et que ce qui est réglé pour une femme en secondes nôces, demeure pareillement réglé pour les enfans qui naissent de ce second mariage.

C'est sur ce principe qu'on décide que de même que la mère n'a point de Douaire à prétendre sur les héritages échus en ligne directe après la mort du mari, les enfans ne peuvent pas non plus en réclamer aucun sur ces mêmes biens; ce qui serait différent, s'ils étaient échus à leur père de son vivant.

Lemaître cite à ce sujet un arrêt par lequel il prétend que le contraire a été jugé; mais Pothier observe que cet arrêt, s'il a existé, ne doit point être suivi. Ce préjugé paraîtrait en effet contraire à la coutume de Paris, dont l'art. 253 est conçu en ces termes: « Le Douaire coutumier des enfans du premier lit est la moitié des immeubles qu'il avait (le mari) lors du premier mariage, et qui lui sont advenus *pendant icelui mariage*, en ligne directe ».

Digitized by Google

Les enfans prennent leur Douaire sur les choses subrogées aux biens qui le composent, tout comme leur mère y prend son usufruit; mais avec cette différence, que les compensations établies entre l'héritier du mari et la veuve, lorsqu'elle est commune, n'ont pas lieu entre cet héritier et les enfans douairiers qui renoncent à la succession de leur mère. Supposé, par exemple, que le mari ait reçu le remboursement d'une rente sujette au Douaire, mais qu'il ait pris dans la communauté une pareille somme pour racheter une rente au taux dont sa femme en était débitrice, il se fera alors une compensation; mais cette compensation ne pourra pas être opposée aux enfans douairiers, dès qu'ils jugeront à propos de répudier la succession de leur mère.

Au reste, ce que nous avons dit du Douaire de la mère pour les différentes coutumes d'où dépendent les biens qui y sont sujets, s'applique au Douaire des enfans. En conséquence, si un homme se marie à Orléans, où les enfans n'ont point de Douaire, à moins qu'on ne leur en constitue un, ils n'en auront aucun sur les biens qui dépendent de cette coutume; mais ils en auront un sur ceux qui seront situés dans d'autres coutumes qui leur en attribuent.

Il en est de même des charges inhérentes aux immeubles qui composent le Douaire: les enfans ne sont tenus de supporter que celles qui existaient lors du mariage; ils sont tenus, par exemple, des rentes constituées perpétuelles ou viagères dont leur père était débiteur lorsqu'il s'est marié; mais si parmi les immeubles qu'il a laissés, il y en avait de situés dans des coutumes où les enfans n'ont pas de Douaire, il se ferait une ventilation, et les enfans douairiers ne seraient chargés des principaux de ces rentes que pour la portion qu'ils se trouveraient avoir suivant cette ventilation dans la totalité des immeubles.

A l'égard des dettes mobilières, même de celles qui étaient créées avant le mariage, comme le Douaire de la femme n'en est pas chargé, celui des enfans ne l'est pas non plus.

§. III. *Douaire préfix des enfans.*

Les enfans, tout comme la mère, au lieu du Douaire coutumier, peuvent avoir un Douaire préfix, autrement dit *conventionnel*; de sorte qu'il peut être stipulé que la femme aura son Douaire coutumier, mais que celui des enfans demeurera fixé à tels biens ou à telle quotité, à telle charge ou à telle condition, etc.; mais s'ils n'ont d'autre Douaire que celui de leur mère, et que celui-ci ait été fixé, ce même Douaire regardé à leur égard comme un Douaire conventionnel, sera néanmoins leur *propre héritage*, dit l'art. 255 de la coutume de Paris.

S'il était dit par le contrat que le Douaire de la femme sera d'une somme de tant *en usufruit*, cette expression empêcherait-elle les enfans d'en avoir la propriété?

Les auteurs décident que cette expression signifierait seulement que la femme n'aurait pour son Douaire que l'usufruit de cette somme, laquelle, dans le cas où il n'y aurait pas lieu au Douaire des enfans, reviendrait après sa mort aux héritiers du mari. On décide par la même raison que si le Douaire de la femme est d'une rente viagère, le fonds de cette rente est en propriété aux enfans.

Lorsque ceux qui ont assigné cette rente pour Douaire à la femme, en stipulant qu'elle sera rachetable, en font effectivement le rachat, les deniers qui en proviennent, doivent être employés en d'autres rentes dont la douairière aura l'usufruit et les enfans la propriété.

Observez que les arrêts ont décidé qu'une rente pareille était rachetable du vivant de la douairière, quand même il n'y aurait eu aucune explication à ce sujet par le contrat. Mais la difficulté est de savoir à quel taux le rachat doit s'en faire, si c'est à celui où étaient les rentes constituées lors du contrat, ou à celui où elles étaient lors de la mort du mari?

Renusson avait décidé que c'était au taux où elles étaient lors du décès du mari; mais ses annotateurs ont observé qu'il a été jugé depuis par un arrêt du 29 mars 1691, rapporté au Journal des audiences, qu'on devait en régler le taux à l'époque du contrat, et cette décision a paru la plus juste à Pothier.

Dans les coutumes où le Douaire est propre aux enfans, lorsque, par la constitution de celui qui est porté au contrat de mariage, on a donné un choix à la femme, et qu'elle est morte sans le consommer, ce choix passe à ses enfans; mais ils doivent s'accorder sur ce choix: autrement, celui du plus grand nombre doit prévaloir; ou enfin ce choix doit être décidé par des arbitres, lorsque les enfans sont partagés entr'eux. Car il ne serait pas juste que ces enfans passent l'avoir, comme l'a pensé Duplessis, les uns dans une chose et les autres dans une autre.

Lorsqu'un enfant douairier avait le choix d'un fonds ou d'une somme d'argent pour son Douaire, et qu'il est mort sans avoir fait ce choix, comme il peut alors en résulter des contestations entre ses héritiers, les uns (les héritiers des propres) soutenant qu'il aurait préféré le fonds, et les autres (les héritiers mobiliers) qu'il aurait préféré la somme d'argent, on doit, en pareil cas, déterminer le choix par l'examen de l'intérêt qu'il avait à opter l'une de ces espèces de Douaire plutôt que l'autre.

§. IV. *Ouverture du Douaire des enfans.*

Ce Douaire s'ouvre en même temps que celui de la mère, puisque le Douaire de celle-ci est regardé comme le Douaire des enfans: les causes qui donnent ouverture à l'un, donnent ouverture à l'autre; et dès ce moment les enfans le transmettent dans leur succession; mais ceux qui viendraient à mourir auparavant, ne transmettraient rien.

La transmission a lieu quand même les enfans ne

Digitized by Google

se seraient pas encore expliqués avant leur mort, arrivée depuis l'ouverture du Douaire, sur la qualité qu'ils avaient à prendre, de *douairiers* ou d'*héritiers;* car, quoiqu'il ne soit pas permis d'être héritier et douairier tout ensemble, le Douaire n'en est pas moins transmis, à la charge d'opter entre les deux qualités; cette condition n'en suspend nullement l'ouverture: c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 1er septembre 1678, rapporté au Journal du palais. D'où il faut conclure que Laurière, en sa note sur l'art. 255 de la coutume de Paris, a cru mal à propos que le Douaire n'appartenait aux enfans que quand ils s'étaient abstenus, tandis qu'il leur appartient à la charge de s'abstenir.

Les enfans peuvent, à l'ouverture du Douaire, en disposer comme bon leur semble, sauf toutefois l'usufruit de leur mère au droit de laquelle ils ne peuvent préjudicier.

De même que la prescription contre la mère ne commence, suivant l'art. 117 de la coutume de Paris, que du jour de la mort du père, elle ne commence pas plus tôt contre les enfans majeurs; mais l'intérêt qu'aurait la mère à ce qu'ils ne fissent aucune démarche pour revendiquer ce que celle-ci aurait pu aliener de leur Douaire, ne les met pas à l'abri de la fin de non-recevoir, lorsqu'ils ont laissé écouler le temps de la prescription sans agir: c'est ce qui a été jugé par trois différens arrêts que nous avons cités, en parlant de l'hypothèque du Douaire de la mère.

Quoique la mère meure avant son mari, ce qui était destiné pour son Douaire, n'en demeure pas moins le Douaire des enfans.

[C'est ce qu'ont décidé deux des arrêts rapportés ci-devant §. 1: l'un du 24 avril 1673, rendu en faveur des enfans de Jacques de La Borne et de Marie Morel; l'autre du 28 février 1676, intervenu au profit de deux des enfans du sieur Des Essarts de Lignières et de la dame de Créqui.]

Dans ce cas, les enfans sont saisis du Douaire, comme la mère pouvait l'être elle-même. C'est ce qui fait qu'un enfant qui se met en possession d'un héritage sujet à son Douaire, sans déclarer si c'est en qualité de douairier ou d'héritier, ne fait aucun acte d'héredité, parcequ'alors, conformement à l'art. 317 de la coutume de Paris, il a *qualité ou droit de prendre lesdits biens.*

Les enfans habiles à recueillir le Douaire, sont ceux qui sont issus du mariage en vertu duquel leur mère était douairière; on y comprend aussi ceux qui sont nés d'un commerce antérieur à ce mariage avec le même homme que celui auquel la mere s'est mariée. Les enfans posthumes jouissent du même avantage.

Les enfans d'un fils prédecédé sont regardés comme enfans issus du même mariage que leur père, et ils ont le même droit que ce dernier a un Douaire sur la succession de leur aïeul. Les petits-enfans de ce fils ont le même avantage, quand même ils auraient déjà eu un Douaire dans les biens de leur père.

Mais, lorsqu'un enfant a renoncé à son Douaire, comme il en a libéré valablement la succession, le fils de cet enfant ne peut pas le réclamer de son chef.

Ceux d'entre les enfans qui, lors de l'ouverture du Douaire, ont perdu leur état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation qui les a retranchés de la société, n'ont aucun Douaire à prétendre. Il en est de même de ceux qui ont été justement exheredés; leur portion profite de plein droit aux autres enfans douairiers par non decroissement, *jure non decrescendi.*

Observez, comme nous l'avons dit de la femme, que si le père a aliéné quelqu'un des héritages sujets au Douaire des enfans, ceux-ci doivent commencer par se remplir sur ceux qui restent dans la succession; et, en cas de déficit, ils ne doivent rechercher les acquéreurs que par gradation, en remontant des derniers aux plus anciens.

§. V. *Conditions attachées à l'exercice du Douaire des enfans.*

Les enfans ne peuvent être douairiers et héritiers tout ensemble, n'importe que le Douaire soit préfix ou coutumier; c'est ce que porte formellement l'art. 251 de la coutume de Paris. Il faut donc que ceux qui veulent prendre le Douaire, commencent par répudier la succession de celui du chef duquel le Douaire leur est acquis, sans pouvoir y réserver aucun droit de légitime.

Il a même été jugé, par un arrêt rendu en forme de règlement, le 22 février 1702, rapporté au Journal des audiences, qu'il suffit qu'un enfant se soit porté héritier sous bénéfice d'inventaire, pour qu'il ne puisse, en renonçant à la succession bénéficiaire, demander sa part du Douaire à ses cohéritiers; mais cette décision n'a pas lieu en faveur des créanciers envers lesquels l'enfant conserve son Douaire comme une créance de la succession; il peut être douairier à leur égard, comme il pourrait être donataire, quoique ce soit une autre maxime dans la coutume de Paris, que les enfans ne peuvent être héritiers et donataires tout ensemble de leur père: c'est ce qui a encore été jugé, par un arrêt du 4 mars 1750, en faveur des enfans du sieur Fumée Dubuisson, quoiqu'ils se fussent portés héritiers de leur père sous bénéfice d'inventaire, contre les enfans du sieur Dupont, qui avait acquis des biens hypothéqués au Douaire reclame.

[La même chose a été jugée depuis par l'arrêt du 21 mars 1767, indiqué ci-dessus, sect. 1, §. 1. En voici l'espèce.

Le sieur Mitiffeu, par son contrat de mariage du 20 janvier 1736, avait constitué un Douaire préfix de 24,000 livres, pour lequel il avait obligé tous ses biens. Ce contrat de mariage avait été passé à Paris, avec dérogation à toute autre coutume, notamment à celle de Normandie. Le sieur Mitiffeu ne laissa à sa mort que des biens dont il était devenu propriétaire par des successions collatérales. Son fils les

Digitized by Google

appréhenda en qualité d'héritier bénéficiaire; mais, trouvant ensuite plus d'avantage à s'en tenir au Douaire, il renonça à la succession, et se porta douairier sur les biens qui la composaient. Des créanciers postérieurs au contrat de mariage, prétendirent se faire colloquer avant lui, et cela, par trois raisons: la première, qu'il était non-recevable à renoncer à la succession après l'avoir acceptée, et, qu'après avoir abdiqué le Douaire, il ne pouvait plus y revenir; la seconde, que la coutume de Normandie, Loi de la situation des biens, déclarait, suivant eux, les immeubles échus en ligne collatérale exempts du Douaire; la troisième, qu'à tout événement, le Douaire dont ils s'agissait, devait être réduit au tiers coutumier. — De ces trois moyens, le premier fit impression sur les premiers juges, qui, par leur sentence, déclarèrent le sieur Mitiffeu non-recevable dans sa renonciation à l'adition d'hérédité qu'il avait faite en qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire. — Sur l'appel, le sieur Mitiffeu, craignant que sa renonciation ne fût rejetée par le défaut de lettres de rescision, en prit en tant que besoin; et, par arrêt de la grand'chambre, du 21 mars 1767, rendu sur délibéré, au rapport de M. Sauveur, la sentence fut infirmée, la renonciation du sieur Mitiffeu admise, *sans qu'il fût besoin de lettres de rescision*, et le Douaire qu'il demandait adjugé dans toute son intégrité.

C'est ce qui vient encore d'être jugé au châtelet par une sentence dont il n'y a pas eu d'appel. A la mort du comte de Monzone, arrivée à Paris en 1758, la veuve a fait faire un inventaire, dans lequel la fille a pris la qualité d'héritière bénéficiaire. Quelque temps après, la demoiselle de Monzone est morte, laissant un testament par lequel sa mère était instituée sa légataire universelle. La dame de Monzone a demandé aux créanciers de son mari la délivrance de 70,000 liv., fonds du Douaire préfix compris dans le legs universel. Les créanciers ont objecté l'art. 251 de la coutume de Paris, qui dit: *Nul ne peut être héritier et douairier ensemble.* Sur cette difficulté, on a pris des consultations séparément de MM. Clément de Malleran, Tronchet et Ferey, qui ont été d'avis que cette prohibition de la coutume ne doit avoir lieu que relativement aux cohéritiers, et que des créanciers ne peuvent nullement s'en prévaloir. D'après ces consultations, les syndics et directeurs des créanciers ont arrêté que la dame de Monzone serait payée de son Douaire: mais deux des créanciers se sont opposés à ce que cette délibération fût homologuée. Lors de la plaidoirie de la cause, un troisième créancier s'est joint à eux, et ils ont soutenu que la qualité de douairier n'est pas moins incompatible avec celle d'héritier par bénéfice d'inventaire, qu'avec celle d'héritier pur et simple. La dame de Monzone a répondu que le propre du bénéfice d'inventaire est de conserver à l'héritier bénéficiaire le droit d'exercer ses créances sur la succession avec les autres créanciers; et elle a démontré que le Douaire n'est pas une légitime, mais une créance. M. Hérault de Séchelles, avocat du roi, aujourd'hui avocat général au parlement de Paris, a discuté, dans un plaidoyer très savant, la question que présentait cette affaire; et, conformément à ses conclusions, il est intervenu, le 30 mars 1781, une sentence par laquelle il a été ordonné que la dame de Monzone serait payée des 70,000 liv. qu'elle réclamait. Les trois créanciers ont même été condamnés aux dépens en leur nom.

On peut voir au mot *Héritier*, sect. 6, §. 12, quelques autres questions sur l'incompatibilité des qualités de douairier et d'héritier.]

Une autre condition attachée à l'exercice du Douaire, est que celui qui veut en profiter doit, en renonçant à la succession du père, renoncer en même temps à tous les avantages qu'il en a *reçus en mariage, ou moins prendre sur le Douaire*: c'est un point réglé par l'art. 252 de la coutume de Paris.

Il y a plus: c'est que la stipulation par laquelle l'enfant ne serait point tenu d'imputer sur son Douaire la donation à lui faite par son père, serait une stipulation nulle, non seulement à l'égard des autres enfans, mais encore envers les créanciers antérieurs à cette donation; les créanciers postérieurs seraient les seuls qui ne pourraient s'en plaindre. Mais observez que l'enfant peut être douairier des biens du père, et donataire des biens de la mère, parceque ces deux sortes de biens n'ont rien de commun.— Au reste, on décide que si le père avait donné conjointement avec sa femme un héritage propre de celui-ci, le père étant censé en avoir donné en ce cas la moitié, en se rendant par-là débiteur d'autant envers sa femme, l'enfant serait tenu d'imputer cette moitié sur son Douaire.

On l'oblige pareillement à tenir compte de ce qu'il a reçu de son aïeul paternel, lorsque son père, en venant à la succession de cet aïeul, a été obligé, conformément à l'art. 306 de la coutume de Paris, d'en faire rapport à ses cohéritiers. Mais observez que cette obligation ne s'étend pas aux choses qu'un fils reçoit de son père on de son aïeul, plutôt comme l'acquittement d'une dette naturelle que comme une donation: ainsi le fils n'est pas obligé d'imputer des frais de nourriture, d'éducation, d'entretien, etc. On prend à cet égard, pour règle, que ce qui n'est point sujet à rapport, en matière de succession, ne l'est pas non plus relativement au Douaire. *V. Rapport à succession.*

Lorsque le montant des choses données se trouve excéder la valeur du Douaire, l'enfant qui a pris la qualité de *douairier*, ne laisse pas, en renonçant au Douaire, de pouvoir conserver tout ce qui lui a été donné, lorsque les choses sont encore entières. Le Douaire est une succession à certains biens; un enfant n'est plus douairier, quoiqu'il en ait pris la qualité, lorsqu'il abdique ces mêmes biens, et qu'il n'en retient rien. On ne peut pas dire qu'il en soit de cette qualité comme de celle d'*héritier*, dont on ne peut plus se départir lorsqu'on s'en est une fois revêtu; la qualité d'héritier n'est pas celle d'un simple successeur à des biens qu'on peut cesser

Digitized by Google

d'avoir en les abandonnant, c'est celle d'un successeur à la personne même du défunt, et par conséquent à tous ses droits et à toutes ses dettes, qualité seule qu'on a décidé devoir s'imprimer sans retour.

§. VI. *Partage du Douaire des Enfans.*

On ne compte point dans ce partage, comme nous l'avons dit, les enfans qui, lors de l'ouverture du Douaire, n'ont plus d'état civil, ou ceux qui ont été justement exhérédés; mais on compte l'enfant qui, pouvant avoir part au Douaire, ne s'en est exclus qu'en prenant la qualité d'héritier, et sa part demeure confondue dans la succession; de sorte que, s'il y a quatre enfans, et que l'un d'eux se porte héritier, celui-ci, en cette qualité, ne paiera que les trois quarts du Douaire, et confondra le sien dans la succession.

Il en est de même lorsque l'un de ces enfans renonce au Douaire et à la succession pour s'en tenir à un don qu'il a reçu du père : sa portion n'accroît pas aux autres enfans : la raison en est que cette portion n'est pas regardée comme vacante; l'enfant est censé en être payé par le don qu'il a reçu, et la succession se trouve comme libérée d'autant.

Lorsque l'enfant renonce au Douaire et à la succession gratuitement, les auteurs sont partagés sur la question de savoir si sa portion profite alors aux autres enfans douairiers, ou si elle tourne au profit de la succession ? Lemaître, sur la coutume de Paris, en regardant le Douaire comme une dette de l'hérédité, décide que la remise que fait l'enfant de sa portion, doit profiter à la succession (1). Duplessis décide, au contraire, que le Douaire pouvant être comparé à une espèce de substitution et de fidéicommis légal, il y a lieu au droit d'accroissement entre les enfans. Pothier est de ce dernier sentiment : il observe qu'on ne peut pas dire que la remise dont il s'agit soit faite à la succession, mais qu'on doit feindre que l'enfant n'a jamais eu aucun droit à la chose à laquelle il a renoncé. Le même auteur ajoute que si la renonciation était faite expressément en faveur de la succession du père, l'enfant serait alors censé avoir accepté sa part dans le Douaire pour en faire honneur à la mémoire de son père, et suppléer ce qui pourrait manquer à l'acquittement de ses dettes.

Il nous reste à observer sur le partage dont il s'agit, que le fils aîné qui a renoncé à la succession pour se porter douairier, n'a aucune prérogative d'aînesse à exercer sur les biens qui composent le Douaire; c'est ce que décide textuellement l'art. 250 de la coutume de Paris, et cela, conformément à ce principe, que le droit d'aînesse n'a lieu qu'*en succession*. Quelques coutumes, comme celles de Vallois, de Meluu, d'Etampes et de Normandie, ont néanmoins conservé à l'aîné le droit d'aînesse dans le partage du Douaire; mais les dispositions de ces coutumes n'ont d'effet que pour les biens situés dans leur territoire.

[C'est ce qu'ont jugé deux anciens arrêts : l'un, connu sous le nom d'arrêt de Montmorency, rapporté par Dumoulin, sur l'art. 112 de la coutume de Valois; l'autre, du 23 mars 1582, rendu dans la coutume de Chartres, et cité par Le Brun, *Traité des Successions*, liv. 2, chap. 5, sect. 2, dist. 3, n. 53.]

Comme le Douaire des enfans est une dette de la succession du père, si le fils aîné renonçait à ce Douaire pour se porter héritier, il ne pourrait pas plus donner atteinte à ce Douaire par son droit d'aînesse, qu'il ne le pourrait à d'autres créances de l'héredité, ce qui serait différent si le Douaire était purement conventionnel; ce serait alors une donation que le père n'aurait pu faire, par anticipation, au préjudice du droit d'aînesse de son fils premier né, qui accepterait sa succession.

Quant à ce qui concerne l'hypothèque du Douaire des enfans, *V.* ci-dessus, sect. 1, §. 8. (M. DAREAU).*

[[On a vu au commencement de cet article que le Douaire coutumier des enfans est aboli par l'art. 61 de la loi du 17 nivose an 2.

Nous devons ajouter ici que ce droit ne peut plus être réclamé, même par les enfans qui étaient nés avant la publication de la loi du 17 nivose an 2, sur les biens de leurs pères décédés depuis; et c'est ce que nous établirons plus particulièrement à l'article *Tiers coutumier*.

Depuis la publication du Code Napoléon, le Douaire conventionnel de la femme peut-il encore être stipulé propre aux enfans? *V. Contrat de Mariage*, §. 2, n. 15.]]

SECTION V. *Du Douaire dans le ressort du parlement de Flandre et dans l'Artois.*

§. I. *Du Douaire coutumier.*

I. En Hainaut, le Douaire coutumier est peu de chose; et, ce qu'il y a d'extraordinaire, c'est qu'il a lieu en faveur du mari comme de la femme. Il consiste dans le droit de jouir, pendant l'année qui suit le décès de l'un d'eux, des fiefs et francs-aleux en terres labourables qui étaient propres au prédécédé. Cela est ainsi reglé par l'article 8 du chap. 34 des chartres générales de cette province. Ce qu'ajoute l'art. 9 mérite un examen particulier.

« Et, pour fiefs acquis, la femme survivante aura aussi son Douaire coutumier sur les terres labourables dépendantes dudit fief; et si le fief avait été acquis par l'homme avec autre femme paravant, sa femme survivante aura semblablement son Douaire coutumier, pour les profits des terres labourables en l'année dudit trépas ».

Cet article ne parle que de la femme, tandis que le précédent parle aussi du mari. Faut il conclure

(1) Le parlement de Normandie a embrassé une opinion contraire, comme on peut s'en apercevoir par l'art. 89 des placités de 1666.

Digitized by Google

de cette différence que le mari ne peut pas prétendre son Douaire coutumier sur les acquêts féodaux dont sa femme était propriétaire au moment de sa mort? Cette conséquence paraît naturelle : les rédacteurs de la coutume ne pouvaient guères faire entendre plus clairement que le mari n'a point droit de Douaire sur les acquêts, qu'en disant dans l'art. 8, *Douaire coutumier s'extend aussi bien pour l'homme que pour la femme, sur les fiefs ou alloets du patrimoine* du prédecédé; et dans l'art. 9, *pour fiefs acquis, la femme survivante aura aussi son Douaire.* C'est vraiment ici qu'on peut appliquer la règle *unius inclusio est alterius exclusio.* Cependant Dumées soutient le contraire en sa *Jurisprudence du Hainaut français* : mais la raison qu'il en donne est fort singulière : puisque le Douaire coutumier du mari (dit-il) a lieu pour les fiefs patrimoniaux de la femme, pourquoi, à plus forte raison, ne s'étendrait-il pas aux fiefs par elle acquis avant que de se marier»?— Il est de principe que l'on doit interpréter strictement les lois contraires au droit commun : celle qui accorde un Douaire au mari est de cette espèce; il ne faut donc pas l'étendre au-delà de ses propres termes. Si l'on adoptait le raisonnement de Dumées, il faudrait accorder au mari un Douaire coutumier sur les francs-aleux acquis par la femme, quoique la loi ne lui en donne un que sur les propres : interprétation qui certainement serait aussi fausse que hasardée.

Les revenus d'un champart dépendant d'un fief ou d'un franc-aleu, ne sont pas comptés parmi les fruits du Douaire annuel que donnent les chartres du Hainaut au survivant des conjoints; c'est ce qui résulte de l'art. 10 du chapitre déjà cité.

Quant à la maison qui servait à l'habitation des deux époux, le survivant y a une espèce de Douaire coutumier, en ce que l'art. 17 du même chapitre lui donne, en cas qu'il n'y ait point d'enfans, le droit d'y demeurer quarante jours après la mort du prédecedé.

II. Dans la coutume de la gouvernance de Douai (chap. 4, art. 4), le Douaire coutumier d'une femme consiste dans l'usufruit de la moitié des fiefs et du tiers des rotures dont son mari était propriétaire au moment de la mort.

Dans la châtellenie de Lille, le Douaire coutumier consiste également dans l'usufruit de la moitié des fiefs, en cas d'acceptation de la communauté, et d'un tiers en cas de renonciation. Ce droit appartient à la femme chaque fois qu'elle devient veuve, excepte cependant qu'il ne s'etend pas sur les fiefs qui, par la mort du mari, passent à des enfans d'un autre mariage.

La manière dont se doivent percevoir les fruits de la moitié ou du tiers des fiefs sujets au Douaire, n'est pas réglée par la coutume. La femme a-t-elle droit de jouir de la moitié ou du tiers de chaque fief? ou doit-on faire deux ou trois lots égaux de tous les fiefs situés dans la châtellenie, de manière, par exemple, que s'il y a trois fiefs et deux lots à faire, le plus considerable soit mis seul dans le premier, et les deux autres dans le second, en prenant sur le plus fort ce qu'il faut pour compenser ce qui manque au plus faible? Le parlement de Flandre s'est déclaré pour ce dernier sentiment par arrêt du 12 avril 1704, rapporté par M. Desjaunaux. Cette décision est juste dans le cas dont il s'agissait alors, parceque c'était l'héritier féodal qui prétendait que le partage fût ainsi réglé. Mais il faudrait en juger autrement, si l'héritier voulait que la femme prit son Douaire sur la moitié ou le tiers de chaque fief : car c'est à lui qu'appartient le choix entre ces deux sortes de partages; sauf que si l'une ou l'autre excite les plaintes du légataire, c'est au juge à en décider. Telle est, pour un cas semblable, la disposition expresse de la loi 27, D. *de legatis* 1°. : *Potest autem heres vel paucioribus, vel in uno re relictam (bonorum) partem legatario dare, in quam vel legatarius consenserit, vel judex estimaverit; ne necesse habeat legatarius in omnibus rebus vindicare portionem.*

Ce que l'on vient de dire s'applique autant à la coutume de la gouvernance de Douai qu'à celle de la châtellenie de Lille.

Ces deux coutumes ont encore une disposition uniforme pour le cas où un fief est sujet à plusieurs Douaires à la fois. La première veuve jouit de la moitié ou du tiers des biens; la seconde, d'un quart ou d'un sixième; la troisième, d'un huitième ou d'un douzième. A la mort de la première, la seconde jouit de la moitié ou du tiers, et la troisième d'un quart ou d'un sixième; mais le Douaire de la première ne s'augmente point par la mort de la seconde, ni celui de la seconde par la mort de la troisième.

Il ne faut pas oublier une différence essentielle entre ces deux mêmes coutumes. Celle de la gouvernance de Douai n'assujettit au Douaire que les biens dont le mari est mort propriétaire : de sorte que ceux qu'il a aliénés pendant le mariage, n'y sont pas même soumis subsidiairement. Au lieu que dans celle de la châtellenie de Lille, le Douaire *est tenu et réputé hypothécaire dès la consommation du mariage, et précède toutes hypothèques subséquentes au regard des fiefs et seigneuries dont ledit mari était alors saisi; et, quant à ceux qui, depuis ladite consommation de mariage, sont acquis ou succédés audit mari, ledit Douaire précède les hypothèques créées depuis qu'iceux fiefs sont acquis ou advenus audit mari.* [[Mais ce mot *hypothécaire*, d'après ce qu'on a vu plus haut, sect. 1, §. 8, n. 1, ne doit pas être pris à la lettre : il en résulte seulement]] que les aliénations faites par le mari, ne préjudicient point au Douaire de la femme; et c'est effectivement ce qu'a jugé un arrêt du 17 juin 1706, rendu dans la coutume de Tournai, qui renferme, pour le Douaire préfix, la même disposition que celle de la châtellenie de Lille pour le Douaire coutumier.

Dans cette dernière coutume les rotures ne sont pas sujettes au Douaire, mais au droit de vivenotte. *V. Vivenotte.*

Digitized by Google

Dans la gouvernance de Douai, le Douaire comprend, outre ce qui a déjà été dit, l'usufruit d'une maison. Quand le mari en a laissé plusieurs, la femme en a le choix; mais elle ne peut prendre la meilleure ni la seigneuriale.

III. En Cambrésis il n'y a point de Douaire coutumier.

IV. Dans la coutume d'Artois, le Douaire est fixé *en général* à la moitié du revenu des fiefs et au tiers de celui des rotures. C'est la disposition de l'art. 173.

Il n'importe que les biens soient propres ou acquêts. Les conquêts mêmes sont soumis au Douaire, lorsque la femme n'y prend rien à titre de commune. C'est ce que décide l'art. 170.

Le conseil provincial d'Artois a attesté, par acte de notoriété du 6 mai 1681, que les rentes constituées ne sont pas sujettes au Douaire coutumier, parceque la coutume de cette province les répute meubles.

Suivant l'art. 171, ce Douaire a lieu, soit que la femme accepte, ou qu'elle renonce à la communauté.

Le Douaire ne saisit pas en Artois. Il faut, pour en obteuir la jouissance, que la veuve appréhende par mise de fait les biens qui y sont soumis. C'est ce que prescrivent l'art. 167 de la coutume, et le tit. 15 du placard de Charles-Quint du 8 juillet 1531, portant réglement pour les procédures en Artois. « Une femme vefue (est-il dit dans ce placard), pour appréhender par mise de faict son Doaire coustumier, ou conuencicl sur aucun fief ou héritage delaissé par son feu mary, deura obtenir commission dudict conseil, et faire signifier et adiourner tous ceulx qu'il appartiendra, et en vertu de deux deffaulx dont le premier sera o intimation, obtiendra decret de ladicte commission et tenne de droict. — Si les adjournés à ladicte mise de faict compareut, ne deuront pour le decret et tenue de droict de ladicte mise de faits, aucun despens, n'est qu'ils aient contredict ou prins aucuns delays peremptoires ». — *V. Mise de fait*, §. 4, n. 4.

La femme a, pour son Douaire coutumier, dans la coutume d'Artois, comme presque par-tout ailleurs, un droit réel qui, sans être une hypothèque proprement dite (*V.* ci-devant, sect. 1, §. 8, n. 1), affecte les biens de son mari dès le jour même du mariage. Cela résulte, 1°. de l'art. 172, suivant lequel la première femme exerce son Douaire sur tous les biens que son mari a possedés durant le mariage, tant propres qu'acquêts, quand même *tels héritages auraient été vendus pendant leur conjonction, ou que d'iceux il ne fût mort saisi*; 2°. de l'art. 174, qui déclare que les rentes hypothequées *avant le mariage* sur les biens du mari, diminuent le Douaire coutumier; 3°. de l'art. 175, qui fait marcher ce Douaire avant les hypothèques erées *durant le mariage*.

§. II. *Du Douaire préfix.*

I. Plusieurs coutumes des Pays-Bas donuent au Douaire préfix le nom d'*assenne*, vieux mot qui signifie *assurance*, parcequ'il forme un revenu assuré à la femme, au cas qu'elle survive son mari.

II. Le Douaire préfix peut, en Hainaut, s'assigner avant ou après le mariage par le mari seul, suivant l'art. 7 du chap. 29 des chartres générales. L'art. 8 permet même au mari d'augmenter celui qu'il avait constitué avant le mariage. — Il n'en est pas de même en Cambresis; l'art. 2 du tit. 4 veut que le Douaire soit assigné avant les fiançailles, à moins qu'il n'ait été stipulé dans le contrat qu'il ne sera assigné qu'après : en ce cas, l'assignation qui s'en fait est bonne et valable, comme formant moins un nouvel avantage pour la femme, que l'accomplissement d'un avantage déjà promis.

En Hainaut, il est d'usage que le mari, en assignant un Douaire à sa femme, lui nomme des *manbours*, qui en sont les gardiens et doivent en soutenir les droits.

L'art. 9 du chap. 29 porte que « les manbours dénommés par traité de mariage, ne seront sujets à ladite manbournie, ores encore qu'ils fussent présens audit traité, n'est qu'ils aieut accepté ladite maubournie, ou par après reçu les convens ou transports servant audit traité ou à l'asseune ».

Cette nomination de *manbours* n'est cependant pas essentielle à la constitution du Douaire; mais elle est très utile à la femme, qui, toujours sous la puissance de son mari, ne peut agir elle-même.

Ce qui prouve que cette nomination est purement de conseil, c'est que l'art. 10 du même chapitre porte : « Combieu que manbours soient dénommés par le traité de mariage ou non, néanmoins pour l'adhéritance du Douaire et assenne, la femme pourra preudre et choisir autres personnes pour manbours, et tels que bon lui semblera, afin d'être adhérites avec elle ».

Lorsqu'il n'a point été nommé de manbours par le contrat de mariage, ou que ceux qui l'ont été sont morts ou refusent d'accepter la manbournie, ou doit s'adresser à la cour de Mons, dans le Hainaut autrichien, et au juge royal du lieu dans le Hainaut français, qui doivent en commettre d'office. C'est ce qui résulte de l'art. 11 du même chapitre combiné avec l'arrêt du conseil du 18 juin 1703, concernant la subrogation des juges royaux au conseil de Mons.

On a vu à l'article *Conditionner un héritage*, que les fiefs ne peuveut être conditionnés. L'art. 18 du chap. 34 met une exceptiou à cette règle en faveur du Douaire, et porte que « pour Douaire et assenne à viage, l'on pourra deviser de jouir par au, de reutes sur fiefs, terres et seigneuries, ayant enfans ou sans enfans, on de jouir de tout le fief, et autres semblables conditions, selon qu'il sera declaré ».

L'art. 14 du même chapitre veut que les biens sur lesquels le Douaire est assigné, soient rapportés par deshéritance entre les mains des bailli et hommes de fiefs, si ce sont des fiefs; des francs alloetiers, si ce sont des franc-alleux; et des mayeur et échevins, si ce sont des main-fermes.

Digitized by Google

Faute de déshéritance, la femme ne peut forcer l'héritier du mari à lui abandonner en nature la jouissance des biens sur lesquels son Douaire est constitué; elle n'a contre lui qu'une action personnelle pour s'en faire donner l'équivalent.

La femme se prive-t-elle de cette action en acceptant tous les meubles de la communauté? *V. Confusion*, §. 2.

La femme peut, en vertu de cette action personnelle, faire saisir les meubles et les immeubles délaissés par son mari; mais cette action n'est point privilégiée; la femme n'est colloquée, dans la sentence d'ordre, que comme les autres créanciers, selon le temps de sa saisie ou de sa *rencharge*; et s'il n'y a ni saisie ni rencharge, au marc la livre. C'est ce que porte l'art. 4 du chap. 34.

III. Cette dernière disposition n'est point particulière au Hainaut. L'art. 6 du chap. 6 de la coutume de Douai, et l'art. 6 du tit. 17 de celle de Lille, décident également que le Douaire n'est point reputé hypothecaire, à moins qu'il ne soit realisé par devoirs de loi. L'art. 166 de la coutume d'Artois prescrit la même chose; et ce fut pour en assurer l'execution, que Philippe II, roi d'Espagne, donna, le 29 juillet 1566, le placard dont nous avons rapporté les termes ci-dessus, sect. 3, §. 2, n. 12.

[[Quant aux changemens que les lois nouvelles ont faits sur cette matière, à la législation que l'on vient de rappeler, *V.* ci-dessus, sect. 1, §. 8, n. 2.]]

V. Il y a même des femmes qui, quoique dûment adhéritées de leur Douaire pendant la vie de leurs maris, ne vont neanmoins en ordre qu'après les créanciers chirographaires: ce sont les femmes des marchands à qui le placard de Charles-Quint du 4 octobre 1540 ne donne place dans le concours des créanciers, qu'après que toutes les dettes du commerce sont acquittées, *quand ores elles seraient inhéréditéis ou inféodées*. Le parlement de Flandre a rendu le 14 février 1698, dans la coutume de Valenciennes, un arrêt conforme a cette disposition. (*Desjaunaux, tome* 2, §. 203.)

C'est d'après la même loi que, par arrêt du 30 avril 1725, le conseil souverain de Mons a réduit à 3,000 livres un Douaire de 8,000 livres constitué par un marchand à sa femme. Dans l'espèce, le mari avait laisse beaucoup de dettes, et l'on ne pouvait les acquitter toutes qu'en retranchant 5,000 livres du Douaire.

Mais soit-il de là qu'un marchand chargé de dettes qui égalent ou surpassent son actif, est en droit, lorsque sa femme veut prendre des sûretés sur ses biens pour le Douaire qu'il lui a promis, de demander que les poursuites de celle-ci soient déclarees nulles, sous prétexte qu'elle ne peut être colloquee qu'après tous les creanciers?

Cette question s'est presentee au parlement de Flandre en 1782. Voici le fait qui y avait donné lieu.

Par le contrat de mariage passé le 2 janvier 1772, entre le sieur Pierre Dupont, marchand à Lille, et la demoiselle Adélaide de Wallers, le futur époux a constitué à sa future épouse un Douaire préfix de 3,000 livres une fois payées. Après quelques années de mariage, la mésintelligence s'est mise entre le mari et la femme: celle-ci s'est pourvue en séparation; et, craignant pendant l'instance, que le sieur Dupont ne dissipât, au préjudice de ses droits de survie, tout ce qu'il possédait, elle a fait pratiquer une *mise de fait* sur ses meubles et immeubles, pour sûreté de sa dot et de son Douaire. — Le sieur Dupont a opposé à cette voie de rigueur, différens moyens dont nous parlons à l'article *mise de fait*; et il a ajouté qu'il avait des dettes à payer; que suivant le placard de 1540, le Douaire de son épouse ne pourrait avoir lieu qu'après qu'elles seraient toutes acquittées; que, par conséquent, les poursuites qu'elle exerçait, pour en assurer le recouvrement, étaient prématurées; que dès-là, elles étaient non-recevables. — Ce moyen n'a pas fait plus d'impression que les autres. Par sentence du 10 juillet 1781, les échevins de Lille ont *décreté* la mise de fait et ont condamné le sieur Dupont aux dépens. — Le sieur Dupont a appelé de cette sentence au parlement de Flandre. Voici ce que je disais, au nom de la femme, pour en établir le bien jugé.

« Le placard de 1540 n'est pas porté en faveur des maris: il n'a pour objet que l'intérêt des creanciers; et le seul objet du législateur, en le rédigeant, a été de prévenir les fraudes que commettaient les marchands, en constituant à leurs femmes des Douaires qui excédaient leur avoir, et pour lesquels celles-ci ne manquaient pas de prendre hypothèque. C'est ce que prouve le préambule même de cette loi; les termes en sont remarquables: *pour que plusieurs marchands s'avancent de constituer à leurs femmes grands Douaires et excessifs dons et gaignages sur leurs biens, tant pour faire bon mariage, que pour sauver leurs biens pour ce leurs femmes et enfans, et apres sont trouvés insuffisans de payer et contenter leurs créditeurs, et veulent les femmes et veuves être preferées à tous créditeurs, au grand préjudice du cours de la marchandise, nous voulons et ordonnons, etc.* — Il n'est donc jamais possible que le mari se prévaille des dispositions du placard; ce n'est point pour lui qu'elles ont été faites: le seul objet du législateur a été de régler les contestations qui pourraient s'élever entre les créanciers et la femme. Aussi tout ce qu'il dit à cet égard, n'aboutit-il qu'a cette conséquence: *veulons, quant à ce, lesdits créditeurs être preferés auxdites femmes et veuves.* On voit clairement qu'il n'est là question que de la préférence des créanciers à la femme; or, cette préférence, loin d'exclure le droit de la femme de se pourvoir sur les biens du mari, le suppose, puisque pour être colloqué après un autre, il faut nécessairement obtenir une collocation quelconque. — Le mari n'est donc pas plus recevable dans le cas dont il s'agit, à critiquer les poursuites

Digitized by Google

de sa femme, que ne le serait un débiteur, dans une instance d'ordre, à soutenir que tel de ses créanciers doit être colloqué avant tel autre ».

Sur ces raisons, arrêt du 14 janvier 1782, au rapport de M. de Warenghien de Flory, qui met l'appellation au néant, avec amende et dépens.

[[Le placard du 4 octobre 1540 est abrogé par l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12; mais il est renouvelé et étendu à toute la France, à l'egard des femmes de commerçans faillis, par l'art. 113 du liv. 3 du Code de commerce. *V. Gains de survie*, §. 5.]]

IV. L'art. 26 de l'édit perpétuel de 1611 ordonne aux femmes de se contenter du Douaire tel qu'il est réglé par les coutumes, sans en stipuler d'autre. Mais, dans l'usage, cette disposition n'est regardée que comme un conseil: lorsqu'il n'y a point d'enfans, le Douaire préfix peut comprendre l'usufruit de tous les biens du mari, quand même la coutume defendrait de les aliéner ou de les charger. C'est ce qui se pratique en Artois, quoique les aliénations de propres n'y soient permises que par l'une des trois voies prescrites par l'art. 76 de la coutume de cette province. Cet usage est constaté par deux sentences du conseil d'Artois des 11 mai 1690 et 16 février 1710, et par un arrêt du parlement de Paris du 30 juillet 1701.

Mais, lorsqu'il y a des enfans, le Douaire préfix ne peut excéder la moitié du revenu des immeubles délaissés par le mari. C'est ce que decide l'art. 27 du même édit: « Et si avant (porte-t-il), qu'on vient a stipuler autre Douaire qu'on appelle conventionnel de somme certaine par an, nous permettons qu'on en use, pourvu qu'en cas d'enfans, tel Douaire n'excède la moitié du revenu des biens immeubles que le trepassé délaissera ».

Cette disposition s'entend aussi des avantages stipulés au profit du mari au cas que la femme meure la première. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par un arrêt rendu dans la coutume d'Artois le 27 mai 1700, au rapport de M. de Ribaudon.

Le même arrêt a decidé que cette prohibition d'étendre le Douaire au-dela de la moitié des revenus du prédécedé, a lieu, soit que les enfans soient nés du mariage dont la dissolution a donné ouverture au Douaire, soit d'un precedent.

Cette prohibition est commune aux nobles et aux commerçans. Ainsi un gentilhomme ne peut constituer a sa femme un Douaire qui excède la moitié des revenus qu'il laissera a son decès; de sorte que, si par le malheur des temps les revenus viennent a diminuer, la veuve doit se contenter de la moitié et laisser l'autre aux enfans: mais elle peut prétendre une indemnité dans les années plus heureuses.— Tous ces points ont été ainsi jugés par un arrêt du parlement de Flandre du 24 janvier 1696, dans l'espèce duquel les enfans qui demandaient la réduction du Douaire, etaient nés d'un mariage precédent. (*Desjaunaux*, tome 1, §. 88.)

La stipulation d'un Douaire excedant la moitié des revenus du mari, est tellement nulle en cas d'enfans, que non seulement l'héritier des immeubles n'est pas obligé de la remplir, mais même celui des meubles n'est pas obligé d'en fournir l'equivalent. L'arrêt du 27 mai 1700, cité ci-dessus, l'a ainsi decidé, sur le fondement que l'édit est prohibitif, et que sa disposition est en faveur des enfans héritiers de leur père.

Le Recueil d'arrêts du grand conseil de Malines, publié par M. du Laury, procureur général de cette cour, §. 142, nous fournit quelques décisions remarquables sur des difficultés relatives à l'interprétation des art. 26 et 27 de l'édit perpétuel.

Voici la première. Le 12 août 1658, le comte de Wacken épouse Marie-Anne-Scholastique de Timpel. Par l'art. 8 de leur contrat de mariage passé devant notaires à Bruxelles, il assure à sa femme un Douaire de 8,000 florins par an. — Deux enfans naissent de ce mariage.— Le 28 octobre 1667, decès du comte de Wacken: son fils puiné meurt peu de temps après. — Le 20 décembre 1687, la veuve du comte de Wacken se pourvoit contre son fils aîné, afin de le faire condamner au paiement de quatre années d'arrérages de son Douaire préfix. — Pour toute défense, le fils soutient que, suivant les art. 26 et 27 de l'édit perpétuel, le Douaire de sa mère doit être réduit à la moitié du revenu des immeubles délaissés par le comte de Wacken, et offre de lui abandonner cette moitié en nature. — La mère réplique que le revenu des immeubles de son mari s'élève à plus de 20,000 florins; qu'ainsi son Douaire n'a rien d'excessif; que d'ailleurs il ne peut pas être question de réduire ce Douaire a la moitié du produit annuel des biens, puisqu'ayaut droit, chaque année, à une somme certaine et déterminée, elle ne peut pas être obligée de se tenir à un revenu incertain; qu'au surplus, une grande partie des biens est située en Hollande, où l'on peut, par contrat de mariage, donner au survivant tout ce que l'on vent. — Le fils persiste dans son offre, et soutient qu'il n'est pas tenu de se charger, pour sa mère, de la recette de la moitié des revenus de son père. — Les échevins du Franc de Bruges, par leur sentence du 17 mars 1693, donnent acte au comte de Wacken de son offre quant a la moitié des revenus des biens situés sous la souveraineté d'Espagne; et pour le surplus, permettent à sa mère d'agir là et ainsi qu'elle trouvera le convenir. — La comtesse de Wacken interjette appel de cette sentence au conseil provincial de Gand, qui par une autre du 14 janvier 1697, declare qu'il a été mal jugé, bien appelé, et faisant ce que le premier juge aurait dû faire, condamne le comte de Wacken à payer à sa mère huit annees du Douaire annuel de 8,000 florins, avec les interêts depuis la demande, *bien entendu néanmoins que l'appelante ne pourra faire mettre à exécution ce jugement sur les biens immeubles situés dans le ressort de sa majesté, plus avant qu'à concurrence de la moitié du revenu d'iceux, et qu'à cet effet l'intimé en rendra compte et reliqnat*, etc. — Le comte de Wacken appelle à son tour de cette sentence au grand conseil de Ma-

Digitized by Google

lines. Il persiste dans tout ce qu'il a dit en première instance, et il continue d'offrir la moitié des revenus de tous les biens en quelques lieux qu'ils soient situés, en consentant néanmoins de faire procéder à l'estimation de ces revenus, et de payer chaque année à sa mère le montant de la moitié de cette estimation. Il met d'ailleurs en fait, qu'année commune, les biens ne rapportent pas 4,000 florins. Mais, malgré tous ses efforts, par arrêt du 22 janvier 1699, la sentence du conseil de Gand est confirmée. — Le comte de Wacken ne se rebute pas; il use du privilége qu'ont dans les Pays-Bas toutes les parties condamnées par arrêt d'une seule chambre: il obtient des lettres de révision; et, pour *moyens d'erreur*, il représente que les deux époux, entre qui a été fait le contrat de mariage de l'exécution duquel il s'agit, étaient sujets du roi d'Espagne; qu'ils ont contracté sous la domination du même prince; que la succession du mari s'est ouverte dans la Flandre espagnole; que la disposition de l'édit perpétuel affecte les personnes et les rend inhabiles à stipuler des Douaires plus considérables qu'elle ne le permet. — Ces moyens ont fait sur les *réviseurs* l'impression qu'en paraissait attendre le comte de Wacken. Par arrêt du 27 juin 1700, il a été dit qu'erreur était intervenue dans celui du 22 janvier 1699, « et que le Douaire de 8,000 florins par an en question, serait fixé et réduit à une somme certaine par an, tant pour le passé que pour le futur, à proportion de la moitié de tous les revenus de tous les biens immeubles délaissés par feu le comte de Wacken, par-tout où ils pussent être situés; et qu'à cet effet, les parties conviendraient de la portée du revenu desdits biens ».

On a donc jugé que la prohibition portée par les art. 26 et 27 de l'édit de 1611, forme un statut personnel.

La décision suivante porte sur une difficulté d'un autre genre. — Le sieur Ineps épousa la demoiselle de Goyvaert; les apports consistaient en marchandises et effets mobiliers de la valeur de 36,000 livres ou environ. La dot de la femme était composée, partie de meubles, partie de biens-fonds. — Par leur contrat de mariage, il fut réglé que la femme, en cas de survie, aurait pour Douaire conventionnel une somme de 8,000 florins une fois; et, par réciprocité, il fut dit que si c'était le mari qui survécût, il aurait 6,000 florins une fois. — Ce dernier cas est arrivé. Le sieur Ineps demanda à sa fille, issue de ce mariage, le Douaire conventionnel qui lui avait été promis. Mais le tuteur de cet enfant le lui contesta, sous prétexte que la somme de 6,000 florins excédant la moitié du revenu des immeubles délaissés par la demoiselle Goyvaert, il y avait lieu de la réduire conformement aux art. 26 et 27 de l'édit perpétuel. — Quelle fut la réponse du sieur Ineps? Il soutint que l'édit perpétuel ne pouvait pas lui être opposé, soit parceque cette loi ne regardait que ceux qui, ayant des enfans d'un premier mariage, convolaient en secondes nôces, soit parceque l'on n'avait pour objet que la conservation des immeubles, et ne s'appliquait pas à une somme d'argent une fois payée. — La contestation portée devant les échevins des Parchons de la ville de Gand, il intervint, le 8 avril 1684, sentence qui décida que le sieur Ineps devait se contenter pour son Douaire de la moitié du revenu des biens immeubles de sa femme. — Le sieur Ineps a appelé de cette sentence au siége de la *Vierschaere* de Gand. — Ce second tribunal s'est adressé au souverain; il a demandé l'interprétation des art. 26 et 27 de l'édit perpétuel. — Le prince, avant de prendre aucun parti, a consulté le conseil provincial de Gand, qui, par sa réponse du 31 juillet 1685, a estimé, sur le premier moyen du sieur Iueps, « que les art. 26 et 27 de l'édit perpétuel concernent aussi bien les jeunes hommes et filles contractant mariage, que les personnes veuves ayant enfant d'un premier lit, puisqu'audit art. 26 est dit en termes exprès: *Nous ordonnons que les marians, signamment les filles et veuves, ou leurs parens stipulant pour elles, se contentent de telle jouissance de Douaire, etc.*, n'étant admissible l'opinion d'aucuns qui prétendent que le mot *filles*, audit article, se rapporterait au cas où une fille se marierait à un veuf ayant enfans, attendu que le mot *marians* étant un terme général, comprend aussi bien les jeunes hommes que les veufs....., et que la question est ainsi décidée en termes exprès par trois coutumes homologuées depuis l'émanation de l'édit perpétuel, savoir Cassel, art. 83, Bourbourg, rubr. 13, art. 9, et particulièrement Audeuarde, rubr. 16, art. 1; étant à remarquer que, par cette dernière coutume, il est déclaré que c'est *en conformité de l'art. 27 de l'édit perpétuel*, qu'elle ordonne que Douaire conventionnel de certaine somme par an, ne peut excéder la moitié du revenu de l'immeuble delaissé par le premier mourant, *en cas d'enfans nés du même mariage ou d'autre mariage précédent* ». — A l'égard du second moyen, le conseil provincial de Gand a d'abord observé que la question de savoir si le Douaire d'une somme une fois payée était passible de la réduction prescrite par l'art. 27 de l'édit, s'était présentée en 1661 au siége des échevins des Parchons de Gand; que ceux-ci avaient consulté le souverain, non pas précisément sur cette question, mais sur celle de savoir si l'art. 20 de la rubr. 20 de la coutume de Gand, qui permet de stipuler tel Douaire que l'on veut, devait l'emporter en faveur des sujets de cette coutume, sur les dispositions de l'édit perpétuel qui y étaient postérieures; qu'il leur avait été répondu, par un décret du 28 juillet de la même année, rendu de l'avis du conseil provincial lui-même, que la coutume de Gand ne pouvait pas empêcher que les art. 26 et 27 de l'édit perpétuel n'eussent lieu en cette ville; qu'en conséquence ces échevins pouvaient décider qu'un Douaire de 1,800 liv. de gros une fois payées, devait être réduit, comme s'il eût consisté dans un revenu annuel; et que leur sentence avait été confirmée par les échevins *de la Vierschaere*; que tel était aussi

Digitized by Google

l'avis des plus fameux avocats du pays. — « Tout quoi nonobstant (a ajouté le conseil provincial), nous serions d'avis, à la pluralité des voix, *que tous procès au regard des Douaires, autres que d'une somme certaine par an, se doivent décider suivant la disposition des coutumes, et non par les art.* 26 *et* 27 *de l'édit perpétuel* »; 1°. parceque ces textes sont introductifs d'un droit nouveau; et qu'en matière de lois correctives des anciennes, on ne doit pas étendre les termes au-delà de leur sens précis; 2°. que si l'on appliquait au Douaire en argent une fois payé, la prohibition portée par l'édit cité, il en résulterait souvent qu'un homme ne pourrait pas donner de Douaire à sa femme, puisqu'il y a bien des gens dont toute la fortune consiste en meubles; et que n'existant point d'immeubles sur le pied desquels on pût régler le Douaire du survivant, il s'ensuivrait que celui-ci ne pourrait rien prétendre à ce titre. — Le conseil privé du roi d'Espagne ne s'est pas contenté de cet avis: il l'a envoyé au grand conseil de Malines pour l'examiner. — Le grand conseil de Malines a repondu que « la déclaration requise n'échéait, et que le cas en question pouvait être décidé en justice; que telles déclarations on interprétations sont sujettes à diverses disputes, et que les moindres circonstances changent souvent le cas ». — Le conseil privé s'est conformé à cet avis. Il a ordonne aux echevins de la Vierschaere de prononcer comme ils trouveraient convenir. — Ces échevins ont effectivement prononcé, et ils ont confirmé la sentence rendue contre le sieur Ineps, au siège des Parchons. — Le sieur Ineps a appelé de ces deux sentences au conseil provincial de Gand; et ce tribunal adoptant, par son jugement du 29 mai 1688, les maximes qu'il avait etablies dans sa reponse du 22 mai 1685, a declaré qu'il avait été mal juge par les deux sièges, et *que le Douaire de* 6,000 *florins une fois devait sortir son effet*. Il n'y a pas eu d'appel de cette sentence.

La troisième espèce que rapporte M. Dulaury a donné lieu à une decision semblable. — Le sieur Daniel Vanhove, qui avait des enfans d'un premier mariage, épousa en secondes nôces Justine Deronck; et lui promit, pour Douaire conventionnel, 1,000 florins une fois. — Après la mort du sieur Vanhove, ses enfans du premier lit prétendirent que ce Douaire était une contravention à l'édit perpétuel. — Justine Deronck répondit que son mari n'avait laissé aucun immeuble; que toute sa fortune consistait en 2,000 liv. de gros (ou 12,000 florins), tant en argent comptant qu'en effets mobiliers; et qu'un Douaire de 1,000 florins ne pouvait pas être argué d'excès, relativement à une pareille somme. — Par sentence du 29 novembre 1687, les échevins des Parchons de Gand, adjugèrent en entier, à la veuve du sieur Vanhove, le Douaire qui lui avait été constitué.

La quatrième espèce a beaucoup d'analogie avec celle dont on vient de rendre compte. — Deux conjoints qui avaient chacun des enfans d'un premier mariage, avaient stipulé, en se mariant en secondes nôces, que la femme aurait, en cas de survie, *un Douaire de* 80 *liv. de gros par an*, et en outre l'usufruit de tous les meubles meublans du mari. Ce cas arrivé, l'enfant du premier lit du conjoint prédecedé, a demandé la réduction de la rente de 80 livres de gros, et de l'usufruit des meubles, sur le pied porté par l'art. 27 de l'édit perpétuel. Par sentence des échevins des Parchons de Gand, du 29 août 1684, confirmée d'abord à la Vierschaere, le 19 juillet 1690, et ensuite au conseil provincial, le 7 avril 1694, la réduction a été accordée pour la rente, et refusée pour les meubles; « d'autant (dit M. Dulaury) que la disposition de l'édit ne regarde pas la stipulation des meubles des conjoints, mais seulement l'excès de la moitié du revenu des biens immeubles, par le pacte d'une certaine somme par an ».

Dans la cinquième espèce, voici de quoi il s'agissait. — Octavien Maurissen, qui avait des enfans d'un premier mariage, convola en secondes nôces avec une demoiselle Cloribus. — Par leur contrat de mariage, il fut convenu que tous les meubles et immeubles des deux conjoints entreraient en communauté. — Après le décès du sieur Maurissen, on prétendit que sa veuve devait se contenter de la jouissance de la moitié des immeubles qu'il avait laissés. — Mais, par sentence des échevins du Franc de Bruges, du 11 novembre 1679, confirmée par une autre du conseil provincial de Gand, du 31 juillet 1680, et par un arrêt du grand conseil de Malines du 24 août 1681, il fut jugé que le contrat de mariage devait être exécuté, nonobstant l'édit perpétuel. « Car (observe M. Dulaury), bien que l'édit defende, en cas d'enfans, de stipuler plus grand Douaire que de la moitié du revenu des immeubles, cela n'empêche pas que les contractans mariage ne puissent faire, par contrat anténuptial, toutes autres conventions, et nommément de stipuler communion de leurs biens ».

La sixième espèce est une des plus remarquables. Transcrivons encore les termes du magistrat, à qui nous en sommes redevables: — « Par autre arrêt du grand conseil du 16 avril 1704, entre Eusèbe Sacy, écuyer, d'une part, et le vicomte de Brunean, d'autre, il fut jugé que l'art. 27 de l'edit perpétuel, en cas d'enfans, ne s'entend que des Douaires qui consistent en des sommes certaines par an, ou en des pensions annuelles, et non pas en des stipulations de l'usufruit entier des biens du prémourant *réciproquement*, parceque cet article étant correctif, tant du droit que des coutumes, doit être étroitement interprété, et dans les termes dans lesquels il est conçu, sans qu'on le puisse étendre aux autres cas *ex identitate vel majoritate rationis* ».

Il ne nous reste plus qu'une question à examiner par rapport aux art. 26 et 27 de l'édit perpétuel; c'est de savoir s'ils ont lieu en Artois.

Quelle question, va-t-on sans doute nous dire! Eh! qui peut en douter? L'édit perpétuel n'a-t-il pas été publié en Artois, comme dans les autres provinces belgiques? Et puisqu'il n'y a été dérogé

Digitized by Google

pour ce pays par aucune loi postérieure, pourquoi n'y seroit-il plus exécuté? D'ailleurs, n'a-t-on pas vu plus haut, qu'un arrêt du parlement de Paris, du 27 mai 1700, rendu pour l'Artois, a jugé, non seulement qu'il doit y avoir lieu dans le cas littéral sur lequel il porte, mais qu'il doit même s'y appliquer aux gains de survie accordés par une femme à son mari.

Tout cela paraît en effet bien décisif. Cependant on a cru fort long-temps dans cette province qu'on ne devrait pas réduire les Douaires conventionnels au taux fixé par cette loi.

Mais une sentence arbitrale, rendue à Arras, le 16 avril 1772, par trois des plus célèbres avocats de la province, et un jugement du conseil provincial d'Artois, du 27 mai 1783, ont changé là-dessus l'opinion des praticiens, et les ont ramenés au seul parti que la raison et la justice puissent avouer.

Voici l'espèce de la première de ces décisions.— Rose-Angélique Le Cocq avait eu plusieurs enfans de son premier mariage avec Jacques Milleville, fermier à Sainghin.—Après la mort de son premier mari, elle avait épousé François-Philippe Le Poivre. Par le contrat qui avait réglé les conditions de ce second mariage, il avait été stipulé que le mari, s'il survivait, aurait l'usufruit des immeubles de son épouse. — Après la mort de Rose-Angélique Le Coeq, ses enfans du premier mariage se pourvurent au conseil d'Artois contre le sieur Le Poivre, afin de faire ordonner que les avantages qu'elle lui avait faits, demeurassent réduits à ce qui est réglé par l'art. 27 de l'édit de 1611. — Comme l'affaire avait encore d'autres objets, elle fut appointée en droit.— Dans cet état, les parties convinrent de faire régler leurs difficultés par des arbitres. On choisit pour cet effet trois anciens avocats d'Arras, qui, par la sentence citée, réduisirent l'usufruit accordé au second mari à la moitié des immeubles de sa femme.

Dans la seconde espèce, il était question des avantages faits par Anne-Henriette-Josephe Desains à Jacques-François Noncle, son troisième mari. Cette femme, qui était domiciliée à Oisy, avait épousé en premières nôces Philippe Guillemot dont elle n'eut point d'enfans, et qui lui laissa l'usufruit de tous ses biens, avec toute sa part dans la communauté mobilière. — De son deuxième mariage avec Philippe-Eugène Dufeuil, elle eut deux enfans, Jean-Baptiste et Amable-Constance. En perdant son second mari, elle demeura encore propriétaire de sa seconde communauté, et eut pareillement l'usufruit des biens qu'il avait délaissés; comme cela était arrivé par l'effet d'une stipulation réciproque, les enfans ne s'en plaignirent pas; et en cela ils se conformèrent à l'arrêt du grand conseil de Malines, de 1704, dont il est parlé ci-dessus.— Enfin, elle se remaria, pour la troisième fois, avec Jacques-François Noncle. — Les fortunes des deux époux n'étaient pas, à beaucoup près, égales. Henriette Desains possédait, de son chef, 56 arpens de terre: elle avait l'usufruit des biens de ses deux premiers maris, et elle était demeurée propriétaire de deux communautés opulentes. Au contraire, Jacques-François Noncle n'avait pour tout bien que quelques épargnes que le contrat de mariage faisait monter à 4,000 livres. — Par le même acte il était stipulé que le survivant serait propriétaire de tous les meubles, effets mobiliers, et contrats de rente du prédécédé, à la charge de payer à chacun des deux enfans du second mariage, une somme de 1,500 livres. Ensuite, la femme donnait à son mari la propriété des conquêts. Enfin, elle lui faisait donation de 10 arpens de terre à choisir dans sa succession et l'usufruit de tous ses autres immeubles. — Noncle ne pouvait rien donner à Henriette Desains, en cas qu'il la prédecédât: cependant, pour satisfaire en apparence à la loi de la réciprocité, il fut convenu qu'elle aurait une somme de 3,000 liv., pour gain de survie, ou le Douaire coutumier, à son choix; c'est-à-dire, qu'il fut convenu qu'elle n'aurait rien, puisque Noncle ne possédait aucun immeuble, et que le peu de mobilier qu'il avait pu acquérir, était tombé dans la communauté dont la propriété entière devait appartenir au survivant. — Il n'y eut point d'enfans de ce troisième mariage. Après la mort d'Henriette Desains, ses enfans ont fait assigner Noncle au conseil d'Artois, pour faire déclarer nulles les donations qu'il s'était fait faire par leur mère, de la propriété de dix mesures de terre à son choix, et pour faire réduire à la moitié l'usufruit qu'il s'était aussi fait donner de la généralité de ses autres immeubles. — Contre la première de ces demandes, Noncle a opposé que les art. 26 et 27 ne défendaient pas les donations en propriété; et contre la seconde, que ces mêmes articles étaient abrogés en Artois par une désuétude générale. — M. Liborel, avocat distingué, à Arras, [[aujourd'hui membre de la cour de cassation]], a entrepris la défense des enfans, contre l'avis de presque tous ses confrères; et il a si bien réfuté les moyens de Noncle, que, par sentence contradictoire du 27 mai 1783, dont celui-ci n'a pas osé appeler, le conseil d'Artois a prononcé en ces termes: « Nous déclarons nulle et de nul effet la donation de dix mesures de terre, faite par Anne-Henriette Joseph Desains, au profit de Jacques-François Noncle, par le contrat de mariage du 18 avril 1772, et dont il s'agit: ordonnons que l'usufruit accordé audit Noncle, par le même contrat de mariage, demeurera réduit à la moitié de la totalité des immeubles délaissés par ladite Desains: en conséquence, etc.

[[*V.* sur la quotité actuelle du Douaire, les n. 4 et 5 du §. 7 de la sect. 1.]]

Plusieurs coutumes de la Flandre flamande, et entre autres celles d'Ypres et de Furnes, ont porté la rigueur plus loin que l'édit perpétuel. Elles défendent au mari d'accorder à sa femme pour Douaire plus de la moitié du revenu de ses fiefs, soit qu'il y ait des enfans ou non.

On a demandé si cela devait s'entendre des fiefs que le mari possédait au temps de la célébration du mariage, ou de ceux qu'il laisse à sa mort. Le

Digitized by Google

parlement de Flandre a jugé, par arrêt du 17 mai 1700, que la femme avait droit à l'usufruit de la moitié des fiefs que le mari avait en se mariant, quoique depuis il en eût aliéné plusieurs. En cela, ces coutumes diffèrent de l'édit perpétuel qui règle le Douaire sur l'état des biens que le mari laisse à sa mort.

Si, dans ces coutumes, on stipule un Douaire qui excède la moitié du revenu des fiefs, la femme pourra-t-elle demander une récompense sur les rotures ou les meubles? Cette question paraît semblable à celle que nous avons faite sur l'édit perpétuel, et que l'arrêt du parlement de Paris du 27 mai 1700 a décidée pour la négative.

Il y a cependant une différence très sensible entre les deux cas. Par l'art. 27 de l'édit perpétuel, le législateur suppose les enfans héritiers universels de leur père; et cependant il ordonne, en leur faveur, la réduction du Douaire à la moitié du revenu des immeubles. Que ces immeubles soient propres ou acquêts, fiefs ou rotures, il lui importe peu: dans toutes les hypothèses possibles, il veut que le Douaire soit réduit: ce n'est donc pas la nature des biens qu'il considère; l'intérêt des enfans est son seul objet, c'est la seule chose qu'il ait en vue: en un mot, il veut que les enfans, même en recueillant la succession de leur père, puissent demander la réduction qu'il ordonne; et, sans doute, ce serait éluder sa loi que de donner au conjoint donairier une action pour reprendre d'une main en estimation, ce qu'il serait forcé d'abandonner de l'autre en nature.

Les coutumes de Flandre ont un génie bien différent. Elles limitent leur disposition aux fiefs; ce n'est donc pas l'intérêt des héritiers en soi, qui les détermine: elles ne s'occupent que d'une nature de biens; et il est possible de leur donner tout leur effet sans que l'héritier à qui elles défèrent ces biens, en appréhende d'autres: car rien n'est si ordinaire en Flandre que de voir un héritier féodal renoncer aux meubles et aux rotures. Leur disposition n'est donc rien moins qu'exclusive de la récompense.

On a jugé au grand conseil de Malines, comme nous l'avons vu ci-devant, que l'art. 27 de l'édit perpétuel, formait un statut personnel; en cela, peut-être a-t-on été trop loin; mais enfin on l'a jugé, et certainement jamais il n'est venu à la tête de qui que ce soit de décider de même par rapport à la disposition coutumière que nous examinons ici. Il n'y a donc pas d'affinité entre cette disposition et l'art. 27 de l'édit perpétuel; et dès-lors, ce que l'arrêt du parlement de Paris du 27 mai 1700 a jugé relativement à celui-ci, ne peut nullement s'appliquer à celle-là.

Aussi voyons-nous Rodemburg, *de Statutorum diversitate*, n. 4, décider formellement que si une coutume se refuse par une disposition particulière à l'exécution d'un Douaire conventionnel, la femme en doit être récompensée par les biens situés ailleurs. Burgundus, *ad consuetudines Flandriæ*, traité 1, n. 51, se sert, par rapport à une autre question, de termes qui annoncent clairement qu'il pense de même.

Mais ce qui paraît plus décisif, c'est que la question a été jugée par plusieurs arrêts. On a remarqué ci-devant, sect. 1, §. 7, qu'il y en a quatre du parlement de Paris, pour les coutumes de l'intérieur du royaume, qui limitent le Douaire conventionnel au taux du Douaire coutumier.

Il en a été rendu un semblable au grand conseil de Malines, le 26 mars 1666, en faveur de Jacques Vanecke, seigneur d'Apoulieux, demeurant à Bruges. Par le contrat de mariage qu'il avait fait avec son épouse, elle lui avait donné, à titre de gain de survie, l'usufruit de tous ses biens tant féodaux que roturiers. Devenu veuf, les héritiers aux meubles, fiefs et rotures de sa femme ayant prétendu faire réduire cet usufruit, quant aux fiefs, à la moitié du revenu annuel des biens de cette nature, le conseil provincial de Gand prononça effectivement cette réduction. Mais, sur l'appel, le grand conseil de Malines a infirmé la sentence, et condamné les héritiers de la femme à laisser jouir le sieur Vanecke de la moitié de l'usufruit en nature, et à lui payer l'équivalent de l'autre moitié.

La même chose a été jugée par arrêt du parlement de Flandre, du 13 août 1696, rapporté par Desjaunaux, tome 2, §. 267.

Prenons garde cependant de nous laisser éblouir par ces raisons et subjuguer par ces autorités.

A la bonne heure que l'arrêt rendu à Paris, le 27 mai 1700, contre la récompense, dans le cas de l'art. 27 de l'édit perpétuel, ne reçoive pas une application bien exacte à la question de savoir si, dans les coutumes de Flandre, la douairière évincée de la moitié de l'usufruit des fiefs, doit en être récompensée sur les meubles et sur les rotures; mais la différence qu'il peut y avoir d'un cas à l'autre, n'est pas une raison pour adapter à celui-ci une décision contraire au jugement porté sur celui-là. On peut aller au même but par divers chemins; et deux espèces qui n'ont pas entr'elles une analogie parfaite, peuvent, par des moyens différens, être jugées l'une comme l'autre.

Un principe qui doit ici nous servir de guide, et que nous nous contenterons en ce moment de supposer, parcequ'il est démontré à l'article *réserves coutumières*, c'est qu'une libéralité qui est nulle par l'indisponibilité de la chose qu'elle a pour objet direct, ne peut pas être récompensée sur d'autres biens auxquels la loi laisse la qualité de disponibles.

Si donc un Douaire conventionnel peut être considéré comme une libéralité, en tant qu'il excède le taux au-delà duquel la coutume défend de le porter à l'égard de certains biens, il est incontestable qu'il ne peut pas être question de récompense.

Or, qui doute que le Douaire ne soit en effet une libéralité dans le cas dont il s'agit? La loi l'a tellement regardé comme tel, qu'elle l'a défendu; et que pour empêcher des conjoints aveuglés par leur ten-

Digitized by Google

dresse de dépouiller leurs héritiers, elle a étendu jusque-là l'empire des réserves coutumières.

Ne craignons donc pas de le dire; admettre la récompense dans notre espèce, ce serait aller à la fois contre les principes généraux et contre l'esprit des coutumes de Flandre.

Et il ne faut pas croire que les arrêts du parlement de Paris, rapportés ci-dessus, sect. 1, §. 7, soient contraires à ce sentiment. Ils ont bien jugé qu'un Douaire constitué en argent ou en rentes à un taux qui surpasse les bornes dans lesquelles le renferment quelques coutumes, doit être pris, quant à l'excédant, sur les biens situés dans les coutumes de pleine liberté. Mais ce cas n'a aucun rapport avec celui qui nous occupe actuellement. L'obligation de payer une somme d'argent ou une rente, n'affecte pas plus spécialement les biens d'une coutume que ceux d'une autre; c'est une dette qui se répand sur tout le patrimoine du débiteur; et, s'il y a quelques parties de ce patrimoine qui soient exemptes d'y contribuer, il est naturel que les autres y suppléent. Voilà tout ce que le parlement de Paris a jugé; et encore une fois, cette espèce est totalement étrangère à la nôtre.

A l'égard des arrêts rendus à Malines en 1666 et à Tournai en 1699, nous convenons qu'ils ont adopté le parti de la récompense pour le cas dont il s'agit ici.

Mais d'abord il n'est pas indifférent de remarquer que les sentences des premiers juges sur les appels desquels l'un et l'autre ont fait droit, avaient jugé le contraire. Cette circonstance n'est pas d'un fort grand poids, nous le sentons: mais elle prouve toujours dans quel esprit les habitans de la Flandre interprètent leurs coutumes sur cette matière.

Ce n'est pas tout. De ces deux arrêts, l'un, c'est celui de 1696, a été réformé par un autre rendu *dans une célèbre révision, le 9 mai* 1699. C'est ce que nous apprend le président des Jaunaux, à l'endroit cité, et ce sont ses propres termes. Aussi, depuis lors, on n'a plus doute au parlement de Flandre, que le système de la récompense ne fût une erreur.

A l'égard de l'arrêt de 1666, le grand conseil de Malines, de qui il est émané, en a depuis reconnu l'inexactitude.

La demoiselle Papejans était convenue, en épousant le sieur Daniels, qu'en cas de survie sans enfans, elle aurait pour Douaire l'usufruit de tous les biens de son mari, *tant féodaux qu'allodiaux*. Le cas prévu est arrivé, et il s'est agi de savoir si la veuve avait droit à la jouissance de tous les fiefs du premier mouraut. Elle soutenait l'affirmative, et prétendait que l'héritier ne pouvait pas l'évincer de la moitié de son usufruit, sans lui en fournir *l'équivalent*. Le conseil provincial de Gand, devant qui l'affaire fut portée en première instance, proscrivit cette demande, et réduisit le Douaire à la moitié des fiefs. Sur l'appel, le grand conseil de Malines a distingué les fiefs patrimoniaux d'avec ceux qui avaient été acquis par le défunt. Pour les premiers, comme il était clair qu'ils étaient soumis par les coutumes dont ils dépendaient, à la prohibition d'étendre le Douaire au-delà de la moitié des revenus, la sentence a été confirmée purement et simplement. Mais quant aux seconds, les parties n'étant pas d'accord sur les lois qui les régissaient, ni par conséquent sur le point de savoir s'ils étaient ou non compris dans la défense dont il s'agit, il a été ordonné qu'il serait informé sur ces deux points. — Cet arrêt, qui est du 14 août 1736, a donc jugé nettement qu'il n'y a pas lieu à la recompense dans l'espèce que nous examinons. Aussi, M. de Coloma, qui le rapporte en son Recueil imprimé à Malines en 1781, tome 1, page 293, remarque-t-il qu'il est conforme au *célèbre arrêt révisionnel du parlement de Flandre, dont il est fait mention par M. des Jaunaux, tome 2, arrêt* 261.

[[Les dispositions des coutumes dont il s'agit ici, ont été abrogées par celle des lois du 4 août 1789, qui a supprimé le régime féodal. *V.* ci-devant, sect. 1, §. 4, n. 2.]]

* DOUANES. Ce sont les lieux où l'on est obligé de porter ou conduire les marchandises pour acquitter les droits fixés par les ordonnances et réglemens.

M. de Montesquieu pense que les droits perçus dans les Douanes sur les marchandises, sont ceux que le public sent le moins, parcequ'on ne lui en fait pas une demande formelle. Ils peuvent être, dit-il, si sagement ménagés, que le peuple ignore presque qu'il les paye. Pour cela il est d'une grande consequence que ce soit celui qui vend les marchandises, qui paye les droits; il sait bien qu'il ne les paye pas pour lui; et l'acheteur qui dans le fait les paye, les confond avec le prix. Il faut regarder le negociant comme le débiteur général de l'Etat, et comme le créancier de tous les particuliers; il avance à l'Etat le droit que l'acheteur lui paiera quelque jour, et il a payé pour l'acheteur le droit qu'il a payé pour la marchandise; d'où il suit que plus on peut engager les étrangers à prendre de nos denrées, plus ils rembourseront de droits, ce qui fait un vrai profit pour l'Etat. (M. Guyot.) *

[[L'ancienne législation des Douanes était consignée dans l'ordonnance du mois de février 1687, qu'une foule de réglemens postérieurs avaient expliquée, étendue et modifiée.

La nouvelle a son principal fondement dans la loi du 22 août 1791.

Mais cette loi a subi successivement un grand nombre de modifications, et il y a été fait des additions très importantes. *V.* notamment les lois des 5 septembre 1792, 15 août 1793, 4 germinal an 2, 14 fructidor an 3, 19 vendémiaire an 6, 9 floréal an 7, 29 floréal an 10, 8 floréal an 11, 22 ventose an 12, 1er pluviose an 13, 30 avril 1806 et 7 septembre 1807.

Ces lois ont donné et donnent encore lieu à des questions très multipliées. Indépendamment de celles qui sont traitées sous les mots *acquit, appel*, sect. 2, §. 9, *contrainte*, n. 9, *délit*, §. 5, *déclaration aux bureaux des Douanes, bureaux*

Digitized by Google

des traites, inscription de faux, §. 1, 5 et 8, *contrebande, connexité*, §. 4 et 6, *entrepôt, grains, sel, marchandises anglaises* et *procès-verbal*, en voici plusieurs qui méritent une attention particulière.

§. I. *Dans quel sens la loi du 22 août 1791 dit-elle, tit. 3, art. 1, qu'il ne peut être établi ni supprimé aucun bureau des Douanes sans un décret du corps législatif?*

Le sens de cet article n'est pas qu'une loi est nécessaire pour établir ou supprimer un bureau sur une ligne de Douanes déjà autorisée par une loi existante. Cet article signifie seulement, et c'est ainsi qu'il a été constamment entendu, qu'il faut une loi pour pouvoir transporter une ligne de Douanes d'un département qui cesse d'être frontière, dans un autre département qui commence à l'être.

Et sur ce fondement, la cour de cassation a jugé, le 18 thermidor an 11, sections réunies, que le bureau des Douanes établi dans la ville d'Anvers, sans décret du corps législatif, forme un vrai bureau de seconde ligne. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 23.

Il y a plus. Aujourd'hui, d'après la loi du 29 floréal an 10, le gouvernement peut seul, et sans le concours du corps législatif, transporter provisoirement une ligne de Douanes d'un département dans un autre. C'est ainsi, qu'après la réunion de la Ligurie à la France, l'empereur a ordonné, par l'art. 2 de son décret du 15 messidor an 13, que « la ligne des bureaux de Douanes qui séparaient l'ancien État de Gênes de la France et du duché de Parme, seraient levés et transportés le long du Pô jusqu'à Verceil, et en descendant vers la mer jusqu'au-delà de Sarzane ».

§. II. *Lorsque par la force des circonstances, les préposés des Douanes sont obligés de dresser un procès-verbal en deux contextes, faut-il que l'assignation soit donnée, par les deux contextes, au prévenu de contravention?*

Non : il suffit qu'elle le soit par le deuxième; et c'est encore un point jugé par l'arrêt du 18 thermidor an 11, qui est cité dans le §. précédent.

§. III. *Les effets saisis sur un navire pour raison des contraventions commises par le maître de ce navire aux lois sur les Douanes, peuvent-ils encore, depuis la loi du 4 germinal an 2, être retenus (nonobstant la revendication exercée par les personnes à qui ils appartiennent), pour sûreté des condamnations prononcées contre le maître du navire?*

Il y a dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 35, un arrêt de la cour de cassation du 11 floréal an 9, qui juge pour l'affirmative, en cassant un jugement du tribunal civil du département de l'Escaut, par lequel le contraire avait été décidé en faveur des sieurs Timmerman et Vanlaër.

Je dois ajouter ici que l'affaire ayant été renvoyée en exécution de cet arrêt, au tribunal civil de l'arrondissement de Gand, les sieurs Timmerman et Vanlaër y ont reproduit le système qu'ils avaient déjà fait triompher au tribunal civil du département de l'Escaut; et qu'ils y ont obtenu, le 17 messidor an 10, un jugement conforme en tout point à celui qui avait été cassé le 11 floréal an 9. Mais sur le nouveau recours en cassation, exercé par l'administration des Douanes, il est intervenu, le 28 pluviose an 12, au rapport de M. Boyer, et sur mes conclusions motivées comme celles du 11 floréal an 9, un arrêt par lequel la cour de cassation, sections réunies, — « Vu les art. 4 et 21 du tit. 2, et 20 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, sur les Douanes; l'art. 2 du tit. 2 et l'art. 5 du tit. 7 de celle du 4 germinal an 2; sur la même matière, desquels articles les dispositions sont énoncées dans le jugement de cassation du 11 floréal an 9; — Et attendu que les peines prononcées contre les capitaines ou maîtres de navires *personnellement*, par l'art. 2 précité de la loi du 4 germinal an 2, dans le cas de la contravention mentionnée audit article, n'ont rien d'incompatible avec la responsabilité civile à laquelle les articles sus-énoncés de la loi du 22 août 1791 assujettissent, dans le même cas, les propriétaires des marchandises saisies à raison de ladite contravention; — Qu'ainsi, cette responsabilité n'a pas été révoquée par l'art. 5 du tit. 7 de ladite loi du 4 germinal an 2, qui n'abroge que celles des lois antérieures qui peuvent être contraires à ses dispositions; — Qu'il suit de là que le jugement dénoncé, en ordonnant la restitution aux cit. Timmerman et Vanlaër, des marchandises par eux réclamées, avant qu'il eût été satisfait aux condamnations prononcées contre le capitaine Vossaërt, pour raison de la contravention par lui commise, sous prétexte que les dispositions des art. 4 et 21 du tit. 2 et 20 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791 étaient abrogées par celles de l'art. 5 du tit. 7 de la loi du 4 germinal an 2, a fait une fausse application de ce dernier article, et par suite violé la disposition des articles précités de la loi du 22 août 1791; — Par ces motifs, casse et annulle. ...»

§. IV. *La nullité d'un procès-verbal de saisie dispense-t-elle le juge de prononcer la confiscation des objets capturés, lorsqu'ils consistent en denrées ou marchandises prohibées, soit à l'entrée, soit à la sortie? — L'administration des Douanes peut-elle, aussi bien que le ministère public, requérir cette confiscation?*

Ces deux questions ont été jugées, la première pour la négative, et la seconde pour l'affirmative, par un grand nombre d'arrêts de la cour de cassation qui sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 51. *V.* ci-après pag. 295, et §. 9.

Digitized by Google

§. V. *Devant quels tribunaux doivent être portées les contestations relatives aux Douanes ?*

I. La loi du 22 août 1791 attribuait la connaissance de toutes ces contestations aux tribunaux de district, représentés aujourd'hui par les tribunaux civils d'arrondissement.

Mais la loi du 4 germinal an 2 et celle du 14 fructidor an 3 l'ont attribuée aux juges de paix, sauf l'appel aux tribunaux d'arrondissement. *V. Contrainte*, n. 9.

Cette attribution subsiste encore, malgré la disposition du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, qui délègue aux tribunaux correctionnels la connaissance de tous les délits dont la peine excède une amende de la valeur de trois journées de travail. *V.* Le plaidoyer du 19 décembre 1806, rapporté ci-après, §. 6.

Telle est la règle générale, voici les exceptions :

1°. Les contraventions à la loi du 10 brumaire an 5, qui prohibe toute importation et tout débit de marchandises anglaises en France, sont du ressort exclusif des tribunaux correctionnels. *V.* le §. suivant.

2°. Il en est de même des contraventions à la loi du 26 ventose an 5, qui prohibe toute exportation de grains ou farines, et tout transport nocturne ou sans passavant des mêmes denrées, dans la distance d'une lieue en-deçà des frontières de terre et d'une demi-lieue des côtes maritimes. L'art. 6 de cette loi veut que *les conducteurs ou propriétaires* soient, *outre la confiscation, condamnés par le tribunal de police correctionnelle à une amende de 10 francs par quintal de grains, et de 12 francs par quintal de farine.*

Mais si des grains ou farines circulaient *de jour*, sans passavant, en-deçà de la lieue ou demi-lieue limitrophe des frontières de terre ou de mer, et cependant dans la *ligne des Douanes*, cette contravention n'offensant pas la loi du 26 ventose an 5, et seulement la loi générale des Douanes en matière de transport de denrées ou marchandises, ce serait au juge de paix qu'en appartiendrait la connaissance. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 6 fructidor an 8, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 5, page 45.

3°. L'art. 26 de la loi du 22 ventose an 12 porte que « tout individu surpris au moment où il introduirait des marchandises prohibées, ou, en fraude des droits, des toiles de fil et coton, des toiles de coton et mousseline, des cotons files, des tabacs en feuilles, des denrées coloniales, sera condamné pour la première fois à six mois de prison, et pour la seconde à un an ».

Il est bien clair que de pareilles condamnations ne peuvent pas être prononcées par le juge de paix, et qu'elles ne peuvent l'être que par les tribunaux correctionnels. Mais voici ce qu'il importe de remarquer dans cet article.

Dans la nomenclature qu'il présente, il est plusieurs objets qui sont, par leur seule nature, réputés marchandises anglaises. Ainsi, à l'égard de ces objets, cet article ne fait, quant à la compétence, aucune innovation à la loi du 10 brumaire an 5; il se borne à aggraver les peines prononcées par cette loi. *V.* le plaidoyer du 19 mars 1807, rapporté ci-après, §. 7.

Mais il y a aussi dans cet article plusieurs objets dont l'importation prohibée ou en fraude des droits ne forme qu'une contravention du genre de celles dont les lois des 4 germinal an 2 et 14 fructidor an 3, attribuent la connaissance au juge de paix. Faut-il donc conclure de cet article que les juges de paix sont dépouillés de la juridiction dont ces lois les avoient investis ?

Non. Cet article doit être restreint dans ses termes précis : il ne prononce la peine de la prison, et conséquemment il ne soumet à la juridiction des tribunaux correctionnels, que les *individus surpris au moment où ils introduisent des marchandises prohibées, ou, en fraude des droits, des toiles de fil*, etc. Il n'est donc applicable qu'au cas où le fraudeur venant de l'étranger, a été pris sur le fait au moment même de l'importation. Les juges de paix restent donc compétens dans tous les autres cas.

4°. Les cours de justice criminelle et spéciale sont seules compétentes pour connaître de la contrebande commise avec attroupement et port d'armes, ainsi que de celle qui a été faite ou favorisée, soit par les préposés des Douanes, soit par ceux qui, par état, sont tenus de leur prêter main-forte. *V. Contrebande, Commis* et *Connexité*, §. 5.

II. Le juge de paix cesse-t-il d'être compétent et le tribunal correctionnel le devient-il, lorsque le procès-verbal de contravention énonce que le contrevenant s'est opposé à l'exercice des fonctions des douaniers, et qu'il y a lieu en conséquence de le condamner à l'amende portée par l'art. 2 du tit. 4 de la loi du 4 germinal an 2 ? Le tribunal correctionnel de Prades avait jugé pour l'affirmative en statuant sur un procès-verbal constatant l'opposition des frères Sans à l'exercice des préposés de la Douane; et la cour de justice criminelle du département des Pyrénées Orientales avait confirmé son jugement. Mais les frères Sans s'étant pourvus en cassation, arrêt du 21 nivose an 13, au rapport de M. Barris, par lequel, — « Vu l'art. 10 de la loi du 14 fructidor an 3; — Et l'arrêté directorial du 27 thermidor an 4; — Attendu que les amendes et les confiscations auxquelles donnent lieu les contraventions en matière de Douanes, ne peuvent, en règle générale, être poursuivies que civilement, ainsi qu'il résulte des principes développés dans le susdit arrêté du 27 thermidor an 4; — Que les tribunaux correctionnels et criminels n'ont d'attribution, à cet égard, que dans les cas où elle leur est conférée par des lois particulières; — Qu'aucune loi n'a donné à ces tribunaux l'attribution des condamnations d'amende prescrites contre l'opposition à l'exercice

Digitized by Google

des préposés des Douanes, par la première partie de l'art. 2 du tit. 4 de la loi du 4 germinal an 2; — Que les frères Sans n'ont été néanmoins poursuivis par le ministère public devant le tribunal correctionnel de Prades, et devant la cour de justice criminelle du département des Pyrénées Orientales, que sur la prévention de l'opposition à l'exercice des préposés de la Douane; et qu'il n'a été demandé contre eux, devant ces tribunaux, que la condamnation à l'amende de 500 fr., prononcée par ledit art. 2 de ladite loi du 4 germinal an 2; — Que ces tribunaux étaient donc incompétens pour statuer sur l'action ainsi déterminée du ministère public; et pour prononcer la condamnation par lui requise; — D'après ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

III. Ce n'est pas toujours au tribunal dans le ressort duquel une contravention a été constatée, qu'en appartiennent la connaissance et le jugement: la compétence n'est déterminée à cet égard que par le lieu de la situation du bureau où les marchandises ont été transportées immédiatement après la saisie qui en a été faite.

C'est ce qui résulte des art. 2 et 6 du tit. 4 de la loi du 9 floréal an 7: « Ceux qui procéderont aux saisies, feront conduire dans un bureau de Douanes, et autant que les circonstances pourront le permettre, au plus prochain du lieu de l'arrestation, les marchandises, voitures, chevaux, et bateaux servant aux transports, et y rédigeront de suite leur rapport. — Si le prévenu est présent, le rapport énoncera qu'il lui en a été donné lecture; qu'il a été interpellé de le signer, et qu'il en a reçu de suite copie avec citation à comparaître, dans les vingt-quatre heures, devant le juge de paix de l'arrondissement ».

Ces dernières expressions, *devant le juge de paix de l'arrondissement*, se réfèrent sans contredit au juge de paix de l'arrondissement dans lequel est placé le bureau où se rédige le procès-verbal: c'est donc le juge de paix du lieu où se rédige le procès-verbal, et non celui du lieu où la saisie a été faite, qui doit connaître de la contravention.

Et par la même raison, lorsque la contravention est de nature à être poursuivie correctionnellement, la connaissance en appartient, non au tribunal correctionnel du lieu où la saisie a été faite, mais à celui du bureau où les marchandises ont été transportées, et où, par suite, a été rédigé le procès-verbal. — C'est ce qu'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation.

Les préposés des Douanes de la brigade de Calloo saisissent, sur la rive gauche de l'Escaut, soixante-trois sacs de blé et de sarrasin, conduits vers la frontière par des inconnus qui prennent la fuite, les transportent au bureau d'Anvers, comme le plus prochain, y rédigent leur procès-verbal, et citent les inconnus au tribunal correctionnel de cette ville, qui prononce la confiscation des grains saisis. — Appel à la cour de justice criminelle du département des Deux-Nèthes, qui, par arrêt du 11 frimaire an 9, motivé sur l'art. 202 du Code du 3 brumaire an 4, déclare que la saisie ayant été faite dans le département de l'Escaut, le tribunal correctionnel d'Anvers n'a pas pu en prendre connaissance, et en conséquence annulle le jugement de ce tribunal comme rendu incompetemment. — La régie des Douanes se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 29 nivose de la même année, au rapport de M. Dutocq, — « Vu l'art. 2 de la loi du 9 floréal an 7; — Attendu que, quoique les préposés aient saisi les grains en question sur la digue de la rive gauche de l'Escaut, il ne s'ensuit pas qu'ils n'aient pas pu les conduire au bureau des Douanes d'Anvers; qu'il résulte au contraire que, d'après l'art. 2 précité de la loi du 9 floréal an 7, ils ont dû faire ce transport audit bureau comme le lieu le plus prochain de l'arrestation, y rédiger leur rapport, et par suite citer les délinquans devant le tribunal de police correctionnelle d'Anvers; que le tribunal criminel du département des Deux-Nèthes, en annullant le jugement du tribunal de police correctionnelle d'Anvers, comme incompétemment rendu, et en se jugeant lui-même incompétent de prononcer sur le fond, a fait une fausse application de l'art. 202 du Code des délits et des peines, qui n'a nullement trait aux affaires des Douanes, dont les formes sont réglées par la loi du 9 floréal an 7, et a par conséquent violé l'art. 2 de cette loi; — Le tribunal casse et annulle..... ».

Une charrette chargée de marchandises soupçonnées anglaises, est arrêtée par des gendarmes dans l'arrondissement du tribunal de Turnhout, département des Deux-Nèthes. La crainte de rencontrer une troupe de contrebandiers armés, qu'ils savent rôder dans les environs de Turnhout, détermine les gendarmes à ne pas conduire la charrette au bureau de cette ville et à la diriger sur Anvers. Ils passent la nuit à Westerloo, commune de l'arrondissement de Turnhout; et là, en entr'ouvrant les ballots, ils se confirment dans le soupçon que les marchandises qui y sont renfermées, sont d'origine anglaise. Le lendemain ils arrivent à Anvers: les marchandises sont examinées, décrites et reconnues venir d'Angleterre; et l'on constate le tout par un procès-verbal en bonne forme. L'affaire est portée devant le tribunal correctionnel d'Anvers, qui se déclare incompétent, attendu que, dans le fait, c'est à Westerloo que la saisie a eu lieu, et que la description sommaire des marchandises a été faite; que, dans le droit, l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5 veut que tout prévenu d'importation de marchandises anglaises soit poursuivi *devant le tribunal de police correctionnelle dans l'arrondissement duquel le délit aura été constaté*. La régie des Douanes appelle de ce jugement; mais, par arrêt du 13 nivose an 9, la cour de justice criminelle du département des Deux-Nèthes le confirme. Recours en cassation contre cet arrêt; et, le 27 floréal suivant, au rapport de M. Seiguette, — « Vu les art. 14 et 15 de la loi du 10 brumaire an 5; — Et attendu que c'est au bureau des Douanes d'Anvers qu'a été constatée la nature des objets importés, par la description détaillée qui en

Digitized by Google

a été faite, et par le rapport qui en a été dressé et affirmé; que l'examen fait à Westerloo par les gendarmes, n'a été qu'un examen préparatoire, subordonné à celui qui devait se faire au bureau d'Anvers, où des circonstances impérieuses et prévues par la loi, avaient forcé de conduire les marchandises; — Que c'était donc devant le tribunal correctionnel d'Anvers que les contrevenans devaient être traduits; que ce tribunal méconnaissant sa compétence, et s'appuyant sur l'art. 15 précité, en a fait une fausse application; qu'il en est ainsi du tribunal criminel des Deux-Nèthes, qui a confirmé ce jugement: — Par ces motifs, le tribunal faisant droit sur le pourvoi du commissaire du gouvernement et sur celui de la régie des Douanes, casse le jugement du tribunal criminel des Deux-Nèthes, du 13 nivose an 9..... ».

§. VI. 1°. *La régie des Douanes peut-elle poursuivre la confiscation, avec amende, de marchandises étrangères et prohibées, lorsque, trompée par de faux acquits à caution qui les désignaient comme provenant d'un port français, elle ne les a pas saisies à leur entrée en France, et qu'elle en a au contraire autorisé, par des passavans, l'introduction dans l'intérieur?*

2°. *Lorsqu'à des marchandises étrangères, prohibées à l'entrée, et dont l'importation forme un délit correctionnel, se trouvent mêlées d'autres marchandises également étrangères et prohibées à l'entrée, mais dont l'importation ne forme qu'une simple contravention du ressort des tribunaux civils, et que les unes sont, comme les autres, accompagnées d'un faux acquit à caution qui masque leur origine, la régie des Douanes peut-elle poursuivre la confiscation de celles-ci, comme de celles-là, devant le tribunal correctionnel?*

Les faits qui ont donné lieu à ces questions, et à celle qui est traitée au mot *Appel*, sect. 2, §. 9, sont détaillés dans le réquisitoire du 18 nivose an 13, rapporté à l'article *Chose jugée*, §. 14.

En exécution de l'arrêt rendu sur ce réquisitoire, le 16 pluviose suivant, les sieurs Brisous, Belleville et Faurès ont été cités à l'audience correctionnelle du tribunal de première instance de Saint-Brieux. — Les sieurs Brisous et Belleville s'y sont présentés en personne; mais le sieur Faurès n'y a comparu que par procureur.

Par jugement du 19 prairial de la même année, le fait d'importation de marchandises anglaises a été déclaré constant; les sieurs Belleville et Faurès, convaincus de s'en être rendus coupables, ont été condamnés à cinq jours de prison, avec confiscation et amende; mais le sieur Brisons a été acquitté.

Appel de ce jugement, de la part des sieurs Belleville et Faurès, en ce qu'il les déclare coupables; et de la part de la régie des Douanes, en ce qu'il acquitte le sieur Brisons.

Le 7 messidor suivant, arrêt de la cour de justice criminelle du département des Côtes-du-Nord, qui, d'après l'art. 194 du Code du 3 brumaire an 4, annulle ce jugement, par la considération que le sieur Faurès a été admis, nonobstant sa contumace, à proposer ses moyens de défense par un fondé de pouvoir.

Le 24 brumaire an 14, cet arrêt est cassé, parce qu'il a été rendu dans la chambre du conseil; et le procès est renvoyé à la cour de justice criminelle du département du Morbihan.

Par arrêt du 14 juin 1806, cette cour annulle, pour la forme, le jugement du tribunal de Saint-Brieux, comme l'avait déjà annulle celui du 7 messidor an 13; et faisant droit par jugement nouveau, en vertu de l'art. 1 de la loi du 29 avril précédent, elle déclare, — 1°. Que le certificat d'embarquement à Brest, du 5 brumaire an 11, et l'acquit à caution du 11 du même mois, sont faux; — 2°. Que les marchandises déchargées au port du Légué, les 9 et 10 nivose suivant, ont été prises à Jersey; — 3°. Que Faurès est convaincu d'avoir importé ces marchandises en France à l'aide de pièces fausses; — 4°. Que Belleville est convaincu d'avoir pris part au faux et à l'importation; — 5°. Que Brisous en est également convaincu; — 6°. Que s'il n'existe point de procès-verbal de saisie des marchandises, motivé sur la loi du 10 brumaire an 5, c'est parceque la fausseté des pièces qui en accompagnaient l'importation, n'étant pas encore connue au moment de l'importation même, a mis les préposés de la régie des Douanes dans l'impossibilité de remplir à cet égard les formalités prescrites; mais que l'absence d'un procès-verbal, dont les fraudeurs n'ont empêché la rédaction que par un crime de faux, ne doit pas rendre leur condition meilleure que si le procès-verbal existait; — 7°. Qu'à la vérité, l'arrêt de la cour spéciale d'Ille-et-Vilaine, du 28 fructidor an 12, conserve toute sa force en tant qu'il acquitte les sieurs Belleville, Brisous et Faurès de la peine du faux; mais que ceux-ci n'en demeurent pas moins soumis, quant au jugement correctionnel qu'ils ont à subir, à toutes les conséquences qui résultent du faux dont ils se sont rendus coupables; et que cela est ainsi décidé par l'arrêt de la cour de cassation du 16 pluviose an 13.

Et par ces motifs, elle confisque le brick *le Cupidon*, avec tous ses agrès et apparaux, et sa cargaison. — Elle condamne les sieurs Belleville, Brisous et Faurès, solidairement et par corps, à payer à la régie des Douanes, 1°. une somme égale à la valeur des cinquante boucauts de tabac, en remplacement de leur confiscation, attendu la disposition qui en a été faite; 2°. une somme égale à quatre valeurs des sucres, taffias ou rhum compris dans la cargaison confisquée, dont une valeur en nature de confiscation, et les trois autres valeurs en nature d'amende ». — Elle condamne Belleville et Faurès à cinq jours d'emprisonnement; mais elle n'y con-

Digitized by Google

damne point Brisous, parceqn'à cet égard, le jugement de première instance qui l'acquitte, est passé en force de chose jugée. — Elle condamne enfin Belleville, Faurès et Brisous, solidairement et par corps, à tous les frais de la procédure.

Les sieurs Brisous, Belleville et Faurès se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Deux sortes de moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 19 décembre 1806) vous sont proposés par les demandeurs : les uns touchent la forme de l'arrêt attaqué, les autres regardent le fond de ses dispositions.....

» Au fond, le premier moyen de cassation des demandeurs consiste à dire que n'y ayant eu, ni saisie des marchandises qu'ils ont débarquées au port du Légué, ni procès-verbal qui constate la fraude prétendue commise dans leur importation, il n'a pu être prononcé contr'eux, ni confiscation, ni amende.

» Mais d'abord, il y a eu saisie et procès-verbal relativement à une partie de ces marchandises. Le 9 et le 10 nivose an 11, au moment où ces marchandises ont été débarquées, les préposés de la régie des douanes en ont saisi la portion qui consistait en six barriques de taffia, trois caisses et quatorze barriques de sucre ; et ils en ont dressé un procès-verbal dont la parfaite régularité ne laisse prise à aucune critique. — Il est vrai que cette saisie et ce procès-verbal n'ont été motivés que sur la différence qui s'est trouvée entre les quantités et qualités déclarées par le capitaine Faurès, et les quantités et qualités vérifiées par les commis. Mais cette différence était seule, aux termes de la loi du 22 août 1791, une cause légitime de saisie ; et une fois la saisie légalement faite, on a pu, on a dû, pour en déterminer les résultats, s'attacher, non seulement à la cause exprimée dans le procès-verbal, mais encore aux causes qui étaient inconnues lors du procès-verbal, et dont la connaissance n'a été acquise que postérieurement. C'est ainsi qu'un mandat d'arrêt qui doit, à peine de nullité, contenir le motif de l'arrestation, comme le procès-verbal d'une saisie doit, à peine de nullité, en indiquer la cause, conserve tout son effet, et suffit pour mener la procédure à fin, quoique le délit pour lequel il a été décerné, vienne à changer de caractère et à s'aggraver par la suite de l'instruction.

» A l'égard des marchandises pour lesquelles il n'y a eu ni saisie ni procès-verbal, y a-t-il du doute sur le point de savoir si elles ont été importées d'Angleterre en France? non. La cour de justice criminelle a jugé le fait constant, elle l'a appuyé de preuves irréfragables, et cette disposition de son arrêt n'est ni ne peut être attaquée.

» Cela posé, on concevrait assez, en thèse générale, que les demandeurs pussent être fondés à se plaindre d'avoir été, à raison de ces marchandises, condamnés à l'amende. Mais qu'ils soient fondés à se plaindre de la confiscation, c'est ce qui ne se conçoit pas. — L'art. 23 du tit. 10 de la loi du 22 août 1791, a mis en principe qu'en cas de *nullité des procès-verbaux et de saisie*, les marchandises prohibées à l'entrée, n'en seraient pas moins confisquées que si les saisies et les procès-verbaux étaient valables; que seulement alors il ne pourrait pas être prononcé d'amende : et vous jugez invariablement que ce principe n'est pas abrogé, qu'il est maintenu implicitement par la loi du 9 floréal an 7 (*V. ci-devant*, §. 4).— Si donc les marchandises anglaises que les demandeurs ont importées en France, avaient été saisies dans le port du Légué, qu'elles l'eussent été dans une forme qui emportât nullité, les demandeurs pourraient bien n'être pas condamnés à l'amende ; mais rien ne pourrait les soustraire à la confiscation. —Or, quelle différence y a-t-il entre le défaut de saisie et une saisie nulle? Quelle différence y a-t-il entre un procès-verbal vicieux dans sa forme, et le défaut de procès-verbal? Aucune. Ce qui est nul, ne produit aucun effet; ce qui est nul, est censé ne pas exister; ce qui est nul, est comme non avenu. — Les demandeurs ne peuvent donc pas être mieux traités à défaut de saisie et de procès-verbal, qu'ils ne le seraient en cas de nullité d'un procès-verbal et d'une saisie. La confiscation contre laquelle ils réclament, était donc autorisée, parlons plus juste, était donc commandée par la loi.

» Mais de là même, ne s'ensuit-il pas que les demandeurs n'ont pas dû être condamnés à l'amende? Oui, telle serait, dans les cas ordinaires, la conséquence du principe établi par la loi du 22 août 1791. La régie des Douanes ayant négligé de saisir les marchandises prohibées au moment de leur importation, devrait perdre l'amende qu'elle eût acquise en les saisissant; elle devrait, par la perte de cette amende, expier la négligence qu'elle aurait à se reprocher.

» Mais s'il n'y a point de négligence à imputer à la régie des Douanes; si la régie des Douanes a fait, au moment de l'importation des marchandises, et d'après les pièces dont elles étaient accompagnées, tout ce que la loi lui prescrivait; si ces pièces elles-mêmes ont rendu impossible de sa part toute espèce de saisie et de procès-verbal; si, dans l'état où ces pièces lui présentaient les marchandises prohibées, elle n'aurait pu saisir et verbaliser, sans se rendre coupable d'une vexation odieuse; que peut signifier ici la disposition de l'art. 23 du tit. 10 de la loi du 22 août 1791?

» Supposons que la cour de justice criminelle et spéciale d'Ille-et-Vilaine eût fait, par son arrêt du 28 fructidor an 12, tout ce qu'elle devait faire; supposons que par cet arrêt, elle ne se fût pas bornée à déclarer fausses les pièces qui accompagnaient les marchandises prohibées, et les demandeurs convaincus, soit d'avoir pris part à leur fabrication, soit d'en avoir fait usage, sachant qu'elles étaient fausses; supposons qu'elle eût été, comme elle le devait, jusqu'à condamner les demandeurs à la peine du faux. — Peut-on douter que, dans cette hypothèse, les demandeurs n'eussent dû, par

Digitized by Google

forme de dommages-intérêts envers la régie des Douanes, subir les mêmes amendes que s'il y eût saisie et procès-verbal au moment de l'importation des marchandises? Non assurément. Le bon sens nous dit, et les lois les plus positives le confirmeut, que nul ne peut tirer avantage de son dol; que le dol étant découvert, les choses doivent être remises au même état que s'il n'avait pas eu lieu; et que ce n'est point en aggravant un délit par un crime de faux tendant à le masquer, que l'on peut en éluder la peine.

» Mais qu'importe que, par son arrêt du 28 fructidor an 12, la cour spéciale d'Ille-et-Vilaine ait pris sur elle de faire aux demandeurs la remise de la peine du faux? Qu'importe même que son arrêt ait été déclaré, par celui de la section des requêtes du 16 pluviose an 13, n'avoir pas l'autorité de la chose jugée, en tant qu'il constatait le fait du faux et la culpabilité des demandeurs? Il reste toujours que le tribunal de première instance de Saint-Brieux et la cour de justice criminelle du Morbihan ont été appelés par ces deux arrêts, à connaître correctionnellement du faux et de sa conséquence; il reste toujours que l'un et l'autre ont, en exécution de ces deux arrêts, déclaré le faux constant; il reste toujours que les demandeurs ont été, par l'un et l'autre, déclarés convaincus, ou d'avoir coopéré à ce faux, ou d'en avoir fait usage pour introduire en France les marchandises dont il s'agit. — Les demandeurs sont donc jugés faussaires, par rapport aux pièces qui accompagnaient ces marchandises; leur condition doit donc être, à l'égard de ces marchandises, la même que s'ils avaient été condamnés à la peine des fers; on ne peut donc pas les traiter, par rapport à ces marchandises, mieux qu'on ne devrait et qu'on ne pourrait le faire, si, en les jugeant coupables du crime de faux, on leur eût appliqué, dans toute sa rigueur, la disposition de la loi pénale qui sévit contre ce crime.

» Mais, dit-on, les préposés de la régie des Douanes auraient pu, du moins après la découverte du faux, saisir les marchandises, et en dresser procès-verbal: ils ne l'ont cependant pas fait; et au contraire, ils ont, après la découverte du faux, laissé enlever les marchandises. C'est, ajoute-t-on, ce que prouvent trois passavans qu'ils ont délivrés les 5, 11 et 16 pluviose an 11; quoique déjà, par deux requêtes du 7 du même mois et du 24 nivose précédent, ils eussent reconnu savoir dès-lors que le brick *le Cupidon* avait mouillé à l'île de Jersey; quoique déjà, par ces deux requêtes, ils eussent soutenu que toutes ces marchandises venaient d'Angleterre.

» Ces allégations, messieurs, sont en partie vraies et en partie fausses. — Il est vrai que, par leur requête du 24 nivose an 11, les préposés de la régie des Douanes ont annoncé avoir acquis des preuves de l'escale que le brick *le Cupidon* avait faite à l'île de Jersey. Mais il est faux que, par cette même requête, ils aient soutenu que la totalité de la cargaison de ce navire avait été prise dans cette île. Ils ne l'ont soutenu que pour une partie de cette cargaison, que pour la partie de cette cargaison dont l'espèce et la quantité ne concordaient pas avec les expéditions du bureau de Brest; que pour la partie de cette cargaison qu'ils avaient saisie par procès-verbaux des 9 et 10 nivose; en un mot, que pour la partie de cette cargaison qui était l'objet de la requête, et sur laquelle le tribunal civil de Saint-Brieux avait à statuer, comme juge d'appel de la sentence du tribunal de paix du 11 du même mois. Or, est-ce à cette partie de la cargaison que s'appliquent les passavans représentés par les demandeurs? Non. Ils ne s'appliquent qu'aux tabacs; et, non seulement à l'égard des tabacs, les préposés de la régie des Douanes n'ont rien dit dans leur requête du 24 nivose an 11, qui puisse faire croire qu'ils les soupçonnassent alors d'origine anglaise, mais les passavans que l'on vous représente sont même antérieurs à cette requête: on vous les cite comme datés des 5, 11 et 16 pluviose an 11, et la vérité est qu'ils le sont des 9 et 14 nivose précédent.

» Il est vrai encore que, dans leur requête du 7 pluviose an 11, les préposés des Douanes ont étendu à la totalité de la cargaison, ce qu'ils n'avaient dit dans celle du 24 nivose, que relativement aux sucres et aux taffias: mais rien au monde n'est plus indifférent, puisque c'est avant cette requête, comme avant celle du 24 nivose, qu'il a été délivré des passavans pour la partie de la cargaison qui n'avait pas été saisie au débarquement; qu'ainsi, les marchandises non saisies au débarquement, ont été enlevées avant l'une comme avant l'autre requête; et qu'il n'y a nulle preuve qu'avant l'une et l'autre requête, les préposés des Douanes eussent la connaissance certaine que toute la cargaison venait d'Angleterre.

» Qu'y a-t-il donc à reprocher aux préposés des Douanes, relativement à l'enlèvement des marchandises, et comment peut-on dire que c'est après la découverte du faux qu'ils ont autorisé cet enlèvement? — D'une part, ils n'ont pas laissé enlever les six pièces de taffias qu'ils avaient saisies: elles sont même encore dans les magasins dépendans de leur bureau. — D'un autre côté, en laissant enlever sous caution les sucres qu'ils avaient saisis, en les laissant enlever sous caution à l'instant même où ils venaient de les saisir, et où rien ne constatait à leurs yeux la fausseté des expéditions de Brest, ils n'ont fait que ce que leur enjoignait l'art. 5 du tit. 4 de la loi du 9 floréal an 7: car les sucres ne sont pas du nombre des marchandises anglaises dont la réexportation fût ordonnée en cas de saisie; et l'article cité voulait que, même en les saisissant, les préposés des Douanes en offrissent la main-levée sous caution. — Enfin, les tabacs que les préposés des Douanes n'avaient ni saisis ni pu saisir, puisqu'ils étaient accompagnés d'expéditions en bonne forme, ont été enlevés long-temps avant que la fausseté de ces expéditions fût, nous ne dirons pas connue, mais même soupçonnée.

» Au surplus, quand nous accorderions aux demandeurs que les préposés des Douanes ont soup-

Digitized by Google

çonné et même connu la fausseté de ces expéditions dès l'arrivée du brick *le Cupidon* au port du Légue, que pourrait-on conclure de là? qu'ils auraient dû alors même saisir ce navire et toute sa cargaison? Mais ce n'eût été, de leur part, qu'une voie de fait très reprehensible. Les expéditions qui accompagnaient le brick *le Cupidon*, etaient en forme authentique; elles faisaient pleine foi de leur contenu; elles devaient par consequent avoir provisoirement leur entier effet; et il n'était pas au pouvoir des preposés des Douanes d'en arrêter l'execution par un acte extrajudiciaire, par un procès-verbal: l'exécution n'en pouvait être arrêtée que par un jugement rendu à la suite d'une plainte en faux, comme il n'y a qu'un jugement qui puisse suspendre l'exécution d'un contrat notarié contre lequel est dirigée une accusation en faux principal ou incident.

» On vous a cité, comme contraire à cette doctrine, l'art. 14 de la loi du 10 brumaire an 5. Mais que résulte-t-il de cet article? Rien autre chose, si ce n'est que si des marchandises venant de l'étranger sont reconnues, nonobstant les certificats d'origine qui les accompagnent, provenir des fabriques anglaises ou du commerce anglais, elles peuvent être saisies, sans avoir égard à ces certificats. Et pourquoi ces certificats ne les mettent-ils pas, même provisoirement, à l'abri de la saisie et du procès-verbal? Parcequ'ils ne prouvent pas par eux-mêmes, jusqu'à inscription de faux, qu'elles ne proviennent pas d'Angleterre; parcequ'ils ne constatent par eux-mêmes que deux faits, l'un, qu'ils ont été délivrés par les consuls de France en pays étranger dont ils portent la signature; l'autre, que ces officiers sont dans l'opinion que les marchandises ne proviennent ni des fabriques anglaises ni du commerce anglais; parcequ'ils ne constatent pas et ne peuvent pas constater que l'opinion de ces officiers est vraie; parceque dès-là, ils laissent necessairement aux préposés des Douanes toute la latitude possible pour vérifier si cette opinion est vraie ou fausse.

» Pour second moyen, les demandeurs se prévalent d'une circonstance que nous venons de rappeler: ils vous disent que les six pièces de taffia dont ils sont condamnés à payer la quadruple valeur, existent encore dans les magasins de la régie; que, d'après cela, ce n'est pas à la quadruple, mais seulement à la triple valeur qu'ils ont dû être condamnés; et qu'ainsi il y a, dans l'arrêt attaqué, un excès manifeste de pouvoir. Ils ajoutent que le procès-verbal de saisie de ces liqueurs et des sucres est nul dans la forme; et que, par cette raison, si l'arrêt attaqué a pu confisquer ces sucres et ces liqueurs, il n'a du moins pas pu joindre à cette peine celle d'une amende.

» Mais, 1°. en condamnant les demandeurs à payer à la régie des Douanes quatre valeurs des six pièces de taffia, l'arrêt attaqué déclare expressément qu'une de ces valeurs sera payée à titre de confiscation. C'est donc comme s'il confisquait reellement les six pièces de taffia. Il n'y a donc, à cet égard, d'autre reproche à faire à l'arrêt que celui d'une redaction peu exacte. On ne peut donc pas le casser de ce chef.

» 2°. Quel est le vice de forme que les demandeurs reprochent au procès-verbal de saisie des 9 et 10 nivose an 11? C'est que, selon eux, il n'en a pas été délivré copie à chaque vacation, ce qui emporte nullité, suivant l'art. 8 du tit. 4 de la loi du 9 floréal an 7. — Mais les demandeurs ont-ils lu ce procès-verbal? Nous serions tenté de croire que non. Car il porte, en toutes lettres, à la fin de la première vacation, que copie en a été affichée à la porte du bureau, formalité qui équivalait à une signification à personne dans la circonstance attestée par le procès-verbal même, que le sieur Faurès s'était retiré; et il y est dit, à la fin de la deuxième vacation, que le sieur Faurès en a reçu copie.

» Le troisième moyen est peut-être le plus spécieux de tous. L'importation des tabacs en feuilles venant de l'Angleterre, disent les demandeurs, n'a été soumise aux dispositions de la loi du 10 brumaire an 5, que par l'arrêté du gouvernement du 1er messidor an 11, qui a été converti en loi le 29 ventose an 12. Ainsi, lorsqu'ont été débarqués au port du Légué les cinquante boucauts de tabacs en feuilles, dont il est ici question, il n'existait encore aucune loi qui eût qualifié de délit correctionnel, l'importation frauduleuse de ce genre de marchandise; cette importation frauduleuse ne formait alors qu'une contravention passible des seules dispositions des lois du 22 août 1791 et 29 floréal an 10; et par conséquent il n'en pouvait être pris connaissance que par les juges de paix, sauf l'appel aux tribunaux civils d'arrondissement. Cependant c'est par la cour de justice criminelle du Morbihan, que nous avons été declarés convaincus d'avoir importé frauduleusement les cinquante boucauts de tabacs en feuilles; la cour de justice criminelle du Morbihan a donc, à cet egard, entrepris sur la juridiction des tribunaux civils; elle a donc excédé ses pouvoirs.

» Ce raisonnement serait sans réplique, si, avec les cinquante boucauts de tabacs en feuilles, n'avaient pas été importées des marchandises frappées de prohibition par la loi du 10 brumaire an 5. Mais les cinquante boucauts de tabacs en feuilles ne sont entrés frauduleusement en France, qu'accompagnés de sucres et de taffias; et la même fraude qui a été pratiquée pour introduire en France les sucres et les taffias, l'a été également pour introduire en France les cinquante boucauts de tabacs en feuilles. Cette fraude constituait donc un seul et même délit. Opéré par de fausses expéditions qui etaient communes aux trois espèces de marchandises, ce delit était indivisible dans ses élémens; comment aurait-on pu en diviser l'instruction? comment aurait-on pu en diviser le jugement? comment aurait-on pu, sans courir la chance d'une contrariété de decisions sur le même fait, renvoyer ce delit à la justice civile pour les tabacs, et à la justice correctionnelle pour les taffias et les sucres?

» Dira-t-on qu'il n'y avait pas plus de raison pour

les tribunaux correctionnels de connaître de l'importation des tabacs en feuilles, qu'il n'y en avait pour les tribunaux civils de connaître de l'importation des sucres et des taffias?

» Mais prenons garde à une chose. Les tribunaux civils sont, dans tous les cas, incompétens pour connaître des actions correctionnelles: leur incompétence en cette matière est absolue, et aucune considération ne peut la faire cesser. Les tribunaux correctionnels, au contraire, quoique incompetens, en thèse générale, pour connaître des actions civiles, peuvent cependant en connaître incidemment et par motif de connexité: ainsi, quand une action civile est incidente à une action correctionnelle, ce qui arrive toutes les fois que la partie lesée par un délit en rend plainte, nul doute que les juges correctionnels ne puissent et ne doivent y statuer, en même temps qu'ils statuent sur l'action du ministère public. Et par la même raison, lorsqu'une action civile derive d'un fait dont la loi veut que la poursuite entre les mêmes parties se fasse correctionnellement pour d'autres objets, il faut bien que les juges correctionnels en prennent connaissance, puisqu'autrement on serait exposé à voir rendre, sur le même fait et entre les mêmes parties, deux jugemens dont l'un serait en opposition diamétrale avec l'autre.

» Aussi avez-vous remarqué que, dans l'arrêt de la section des requêtes du 16 pluviose an 13, rendu sur notre réquisitoire et contradictoirement avec les demandeurs, il est dit que, *par le tribunal de première instance de Saint-Brieux, JUGEANT CORRECTIONNELLEMENT, il sera procédé à l'instruction entière et au jugement du procès à eux renvoyé par l'arrêt de la cour de justice criminelle et spéciale d'Ille-et-Vilaine*, sans qu'à cet égard il soit fait la moindre distinction entre l'importation des tabacs en feuilles et l'importation des taffias et des sucres.

» Le quatrième moyen de cassation qui vous est propose, ne concerne que le sieur Brisous.... (*V. Appel*, sect. 2, §. 9.)

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter le recours des demandeurs, et de les condamner à l'amende ».

Arrêt du 19 decembre 1806, au rapport de M. Andier-Massillon, par lequel, « la cour reçoit l'intervention de l'administration des Douanes, et statuant tant sur ladite intervention que sur le pourvoi de Charles Faurès, Belleville et Brisons; — Attendu qu'il a été jugé par l'arrêt attaqué, que les marchandises dont il s'agit avaient été chargées en totalité à Jersey, île anglaise; qu'elles ont été introduites en France, couvertes d'un acquit à caution du bureau des Douanes de Brest, délivré à la faveur d'un faux certificat d'embarquement; que les réclamans sont convaincus d'avoir surpris ce faux certificat, par une simulation d'embarquement des objets déclarés; d'avoir coopéré à ce faux et à l'introduction de ces marchandises en France; que les réclamans ne peuvent pas se prévaloir des règles établies pour la simple contravention, et exciper du défaut de saisie et de procès-verbal, dès que cette omission a été l'effet de la fraude par eux pratiquée; que la régie ne pouvait pas être tenue de faire une saisie des marchandises qui ont été introduites à la faveur des faux certificats; et que, pour ce qui est des marchandises dont elle a fait la saisie au débarquement pour fausse déclaration, il n'était pas nécessaire de la renouveler, une saisie régulière pouvant servir, quoique le délit qui y a donné lieu ait acquis par l'instruction un caractère plus fort de gravité; d'où il suit que la cour de justice criminelle du Morbihan a été autorisée à prononcer contre les réclamans, non seulement la confiscation des objets introduits en fraude, mais encore l'amende de la triple valeur portée par la loi; — Attendu que les tabacs en feuilles qui faisaient partie de la cargaison dont s'agit, avaient été introduits en fraude des lois sur les Douanes; que c'étaient des matières premières, qui ne sont pas réputées marchandises anglaises, et dont l'introduction à l'époque du débarquement n'étant pas soumise aux peines portées par la loi du 10 brumaire an 5, la contravention relative à ces tabacs aurait dû être portée aux tribunaux civils, si elle avait été seule et indépendante de la fraude et du faux qui ont été pratiques pour cette introduction; mais qu'elle était liée au délit principal; que la cour de justice criminelle se trouvant investie de la connaissance de l'introduction des marchandises anglaises et du faux pratiqué pour convrir cette fraude, devait nécessairement juger toutes les contraventions qui en dérivaient; les tribunaux criminels étant compétens pour juger les interêts civils des parties, lorsqu'ils sont une dependance du délit sur lequel ils ont à prononcer; et que l'arrêt s'est conformé à la loi, en ne prononçant que la seule confiscation pour les tabacs dont il s'agit...., — La cour rejette le pourvoi.....»

§. VII. 1°. *En matière de Douanes, faut-il ajouter au délai de l'assignation donnée au prévenu étranger, qui a élu un domicile dans le lieu de la saisie, autant de jours qu'il y a de fois deux myriamètres de ce lieu à son domicile réel?*

2°. *Lorsqu'un navire ayant été séquestré par mesure de police, pour avoir amené en France des marchandises prohibées à l'entrée, a été provisoirement relaché sous caution, et qu'ensuite les marchandises qu'il avait, avant de remettre en mer, déchargées dans le magasin de la Douane, viennent à être saisies legalement comme étant en effet frappées de prohibition, ce navire peut-il, quoique non compris dans la saisie legale, être confisqué en meme temps que les marchandises?*

3°. *Est-il nécessaire d'appeler au procès-verbal de saisie le propriétaire des marchandises qui en sont l'objet, lorsqu'il est connu? Ou suffit-il d'y appeler le conducteur de ces marchandises, lors même que celui-ci n'est plus sur*

Digitized by Google

les lieux, et qu'il est parti après avoir donné caution et fait élection de domicile ?

4°. *L'administration des Douanes a-t-elle qualité pour conclure à la confiscation des marchandises prohibées, lorsque le procès-verbal de saisie de ces marchandises est nul dans la forme ?*

5°. *La confiscation est-elle la seule peine que l'on puisse et doive prononcer contre les introducteurs de marchandises anglaises non manufacturées ? Peut-on, doit-on, en outre, les condamner à l'amende de la triple valeur de ces marchandises et à l'emprisonnement ?*

6°. *Les certificats d'origine qui, d'après le décret impérial du* 30 *ventose an* 13, *doivent accompagner les denrées coloniales étrangères, pour qu'elles puissent être admises dans les ports de France, doivent-ils être revêtus des formalités prescrites par la loi du* 22 *ventose an* 12 ? *Quel est le port que ce décret désigne par les mots* port d'embarquement ?

7°. *Celui qui, sans certificat d'origine en bonne forme, a introduit dans un port de France des denrées coloniales étrangères, peut-il, en offrant, après la saisie de ces denrées, d'en réexporter la contre-valeur en marchandises françaises, se soustraire à la confiscation et à toute autre peine ?*

Le 6 fructidor an 13, le navire *la Fortuna*, commandé par le capitaine Smitt, et venant d'Embden, entre dans la rivière d'Orne, chargé de 60 barriques de sucres bruts. — L'inspecteur des Douanes de Caen et un commissaire nommé par le préfet du département du Calvados, se rendent à bord de ce bâtiment. — Le capitaine leur exhibe ses papiers, et notamment, 1°. un certificat du consul de France à Hambourg, du 28 prairial an 13, portant que 60 barriques de sucres bruts, qu'un sieur Lafaurie lui a déclaré envoyer en France par le Hanovre, proviennent des colonies espagnoles; 2°. un certificat des bourguemestre et sénateurs d'Embden, du 25 juillet 1805, qui atteste que les sieurs Vanderwaalr et compagnie, négocians en cette ville, ont chargé sur le navire *la Fortuna*, soixante barriques de sucres bruts, destinées pour Caen, et que ces marchandises ne proviennent ni du sol ni du commerce anglais, mais de Hambourg. — Après avoir examiné ces papiers et interrogé l'equipage, déterminés par une foule de presomptions qui leur paraissent établir que le navire a pris sa cargaison en Angleterre, ils arrêtent qu'il demeurera séquestré jusqu'à nouvel ordre. — Le 12 du même mois, le préfet du département du Calvados confirme cet arrêté, et en rend compte à M. Real, conseiller d'état, chargé du 1er arrondissement de la police générale.

Le 15 vendemiaire an 14, M. Real ordonne que le navire sera déchargé, et que la cargaison en sera déposée dans le magasin de la Douane, le séquestre tenant. — Le 27 du même mois, cet ordre est exécuté par le même inspecteur et le même commissaire, qui, en même temps, accordent au sieur Smitt main-levée de son navire, après que la valeur en aura été estimée par experts, et moyennant caution. Il est dressé du tout un procès-verbal, dans lequel le sieur Smitt fait élection de domicile dans la maison du sieur Hervieu-Duclos, à Caen, *où l'on pourra lui faire toutes significations qu'il regardera comme faites à lui-même.*

Cependant le sieur Duchesne, négociant à Rouen, se déclare propriétaire de la cargaison et constate, en effet, sa propriété : il obtient même du ministre de la police générale, un ordre de lui remettre les soixante barriques de sucres; mais, au moment où cet ordre parvient au préfet, celui-ci reçoit, sur l'origine des marchandises, de nouveaux renseignemens qui le déterminent à prier le ministre de trouver bon qu'il le laisse sans exécution.

En conséquence, le 11 brumaire an 14, l'administration des Douanes fait citer les sieurs Smitt et Duchesne, au domicile du sieur Hervieu-Duclos, à comparaître le 13, au procès-verbal de la saisie que feront ses préposés des soixante barriques de sucres. — Ni le sieur Smitt, qui avait déjà repris la mer, ni le sieur Duchesne ne comparaissent à ce procès-verbal : il est dressé dans le bureau de la Douane, et copie en est affichée à la porte.

Le 19 frimaire suivant, le sieur Smitt et le sieur Hervieu-Duclos, qualifié de commissionnaire du navire *la Fortuna*, sont cités à l'audience correctionnelle du tribunal de 1re instance de Caen, pour voir dire que le navire et les soixante barriques de sucres seront confisqués, avec amende de la triple valeur des marchandises, conformément à l'art. 15 de la loi du 19 brumaire an 5. — Le sieur Duchesne intervient, et son intervention est reçue, malgré l'opposition des administrateurs des Douanes.

La cause portée à l'audience, le sieur Smitt comparaissant par le ministère d'un avoué, et le sieur Duchesne, concluent à l'annullation du procès-verbal de saisie; 1°. parceque la citation du 11 brumaire an 14 n'énonce pas la demeure des préposés qui l'ont faite; 2°. parcequ'elle a été donnée au sieur Duchesne à un domicile qui n'était pas le sien; et qu'il n'avait pas élu; 3° parceque le procès-verbal a été dressé dans le bureau de la Douane, et non dans le magasin où les marchandises étaient déposées. — Ils concluent, en outre, à la remise des soixante barriques de sucres. — L'administration soutient que le procès-verbal est régulier et persiste dans ses conclusions. — Le procureur impérial requiert que le procès-verbal soit déclaré nul, et que les soixante barriques de sucres soient confisquées sans amende.

Le 25 janvier 1806, jugement qui annulle le procès-verbal, et ordonne la restitution des marchandises saisies. — Le procureur impérial et l'administration appellent de ce jugement.

Le 24 février suivant, l'administration obtient de la cour de justice criminelle du département du Calvados, un arrêt qui fixe *le rapport de l'affaire au 12 mars*, assignation préalablement donnée tant au sieur Duchesne en son domicile à Rouen,

Digitized by Google

qu'au sieur Smitt, au domicile par lui élu chez le sieur Hervieu-Duclos.

Le même jour, le sieur Renart, avoué du sieur Smitt, fait signifier au greffe une procuration notariée, par laquelle celui-ci révoque son election de domicile chez le sieur Hervieu-Duclos, et en élit un nouveau chez le sieur Renart lui-même, avec déclaration expresse qu'il ne tiendra pour valables les significations qui y seront faites, qu'autant qu'il lui sera accordé le délai nécessaire pour comparaître, à raison de la distance de son domicile réel qu'il indique être à Embden.

Le 26, le procureur général requiert, par écrit, qu'en conséquence de cette nouvelle election de domicile, le sieur Smitt soit assigné, par exploit signifié au domicile du sieur Renart, à comparaître le 12 mars, jour fixé pour le rapport.

Le 3 mars, le sieur Smitt est effectivement assigné, mais par deux exploits signifiés, l'un, chez le sieur Renart, l'autre, chez le sieur Hervieu-Duclos. — Le 12, le sieur Smitt fait défaut.

Par arrêt rendu, sur délibéré, le 14 du même mois,

« Considérant, 1°. que les lois n'imposent point aux préposés des Douanes, dans les sommations qu'ils sont autorisés à faire, l'obligation de se conformer à ce que prescrit aux huissiers l'ordonnance de 1667; que, conséquemment, la sommation du 11 brumaire ne peut être déclarée nulle, parceque les employés n'y ont pas trouvé leur demeure; que d'ailleurs, le sieur Hervieu-Duclos parut sur cette sommation; et que Smitt était dans l'impossibilité de se trouver au rapport de saisie, puisque, depuis long-temps, il avait repris la mer; — 2°. Que la sommation faite au sieur Duchesne, dans la personne du sieur Hervieu-Duclos, n'était pas nécessaire, puisqu'il suffisait, pour agir régulièrement, de sommer la partie d'être présente à la description des objets saisis; que dans l'espèce, la véritable partie était Smitt, conducteur des marchandises; et qu'aux termes de l'art. 1 du tit. 12 de la loi du 22 août 1791, la régie n'est pas tenue de mettre les propriétaires en cause, quand même ils lui seraient indiqués; que la régie n'a pas fait mention, dans son rapport de saisie, de l'absence du sieur Duchesne; et qu'il était si peu dans son intention de le mettre en cause, qu'elle s'est opposée à son intervention en première instance; — 3°. Que c'est au bureau de la Douane que le rapport de saisie a été dressé; que les sucres avaient été séquestrés dans le magasin de ladite Douane; que c'est, enfin, dans le même établissement que les sucres ont été pesés et visités, et que le procès-verbal a été redigé; que le vœu de la loi a été rempli;

» La cour rejette ces moyens de nullité.

» Considérant, au fond, que les soixante barriques de sucres bruts saisies, viennent directement d'Embden; qu'elles y ont été embarquées; que c'est une denrée coloniale et étrangère, assujettie au certificat d'origine délivré par le commissaire des relations commerciales français au port d'embarquement, sous peine de confiscation; qu'il n'y a point de commissaire à Embden; que le certificat des autorités locales n'est pas valable; que le prétendu certificat d'origine présenté par le capitaine Smitt, émane du commissaire français résidant à Hambourg, n'indique ni le nom du navire ni celui du port de destination; que ce commissaire n'atteste pas avoir vu faire le chargement; que ce certificat n'est point celui voulu par la loi; et que ce commissaire qui a dû le délivrer, déclare lui-même qu'aucune foi ne doit y être ajoutée, déclaration consignée dans une lettre de M. le directeur général des Douanes à l'inspecteur à Caen, sous la date du 7 brumaire dernier, et jointe à la procédure;

» Sans avoir égard aux exceptions et aux fins de non-recevoir proposées; — vu les art. 201 et 204 du Code des délits et des peines, les art. 1 et 2 du décret du 30 ventose an 13, l'art. 15 de la loi du 22 ventose an 12, les art. 1 et 5 de l'arrêté des Consuls du 4e jour complémentaire an 11, l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5, l'art. 6 du titre 12 de la loi du 22 août 1791, et l'art. 22 du tit. 6 de la loi du 4 germinal an 2; — La cour admet la requête d'appel du ministère public et de l'administration des Douanes, annulle le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Caen le 25 janvier dernier, confisque les soixante barriques de sucres bruts et le navire *la Fortuna*, condamne solidairement Smitt, défaillant, conducteur du navire *la Fortuna*, et le sieur Duchesne, réclamateur des sucres, à l'amende triple de la valeur des objets saisis et aux dépens de première instance et d'appel; condamne en outre Smitt à vingt jours d'emprisonnement ».

Les sieurs Smitt et Duchesne se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Avant de vous entretenir (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 19 mars 1807), des moyens de cassation qui vous ont été présentés par les sieurs Smitt et Duchesne, nous croyons devoir ramener votre attention sur quelques faits de la cause.

» Le navire *la Fortuna* a été, comme on vous l'a dit, visité à son entrée dans la rivière d'Orne, par un inspecteur de Douanes et par un commissaire du préfet du département du Calvados. L'objet de cette visite était de s'assurer si, comme l'indiquaient divers renseignemens parvenus à la police, le navire *la Fortuna* n'avait pas pris son chargement en Angleterre; et voici quel en a été le résultat.

» Il a d'abord paru que ce navire venait directement du port d'Embden. Mais était-ce dans ce port qu'il avait pris son chargement, ou n'avait-il fait qu'y toucher, à l'effet de s'y procurer les papiers nécessaires pour donner à son chargement une origine simulée? Pour se fixer sur ce point, il y avait deux choses à faire: interroger le capitaine Smitt ainsi que les trois hommes de son équipage, et consulter les papiers de bord.

» Le sieur Smitt et son équipage ont été interrogés, et il importe de remarquer leurs réponses.

Digitized by Google

» Un premier fait en est resulté : c'est que le sieur Smitt avait changé tout son equipage avant de quitter Embden; et il y avait bien lieu de croire qu'il ne s'était porté à ce changement, que pour empêcher qu'à son arrivée en France, il ne se trouvat sur son bord des hommes qui eussent pu dire qu'il venait d'Angleterre.

» Presse par cette considération, on demande au sieur Smitt : D'où veniez-vous, lorsque vous avez touché à Embden? — De Bordeaux. — Combien de temps avez-vous mis dans la traversée de Bordeaux à Embden? — Je ne m'en souviens pas.

» Sans s'arrêter d'abord à un défaut de mémoire aussi peu vraisemblable, l'inspecteur et le commissaire lui font une autre question : A quelle époque avez-vous commence a Embden le chargement de votre navire, et quel temps y avez-vous employe? — Je l'ai commencé le 17 juillet 1805, et j'y ai employe sept jours. — Votre equipage actuel a-t-il travaille a ce chargement? — Pas tout-a-fait : il etait commence lorsque j'ai reçu à mon bord les trois hommes qui composent mon equipage actuel, et deux d'entre eux seulement y ont mis la main pour l'achever. — On propose la même question aux deux hommes indiques comme ayant travaillé au chargement, et tous deux déclarent que le chargement a en effet dure sept à huit jours, et qu'il était commence lorsqu'ils se sont embarqués; mais que leur embarquement remonte au 10 juillet; — Ainsi, contradiction manifeste entre le sieur Smitt et la majeure partie de son équipage, sur l'époque où a commence le chargement. — Ce n'est pas tout. Les deux mêmes hommes declarent que le troisième etait embarque avant eux, et par conséquent avant le 10 juillet; et cependant celui-ci interroge sur la date de son embarquement, répond qu'il s'est embarqué le 22 ou le 23 juillet.

» Après avoir ainsi constaté que le sieur Smitt et son équipage étaient, par leurs contradictions, indignes de toute confiance sur les circonstances les plus marquantes, et, par une suite necessaire, sur le fait même du chargement a Embden, on examine les pièces de bord, et l'on reconnait, — non seulement que le sieur Smitt est porteur d'un passeport du roi d'Angleterre, à la verité de vieille date, — non seulement que tous les papiers dont il est muni, portent dans leurs filigranes les lettres initiales du nom du même monarque, — mais que plusieurs feuillets ont été arraches de son livre de bord, mais qu'on a supprime la tête d'autres feuillets et d'une lettre; et l'on en tire la conséquence, bien naturelle sans doute, que le sieur Smitt a cherché par tous les moyens possibles, à faire disparaître la trace du lieu où il avait pris son chargement.

» Tels sont, MM., les faits qui ont determiné l'administration à faire séquestrer provisoirement le navire *la Fortuna* et sa cargaison. — Peu de temps après, il est vrai, le ministre de la police, trompe par le certificat d'origine qui avait été delivre a un sieur Lafaurie par le consul de France a Hambourg, a ordonné la main-levée du séquestre; mais bientôt mieux éclairé, il a revoqué son ordre; et c'est en vertu de sa decision expresse, qu'a été dressé le procès-verbal de saisie du 13 brumaire an 14. L'arrêté pris à cet effet par le préfet du departement du Calvados, ne laisse là-dessus aucune incertitude.

» Le moment n'est pas encore venu de vous retracer les motifs qui, lors de cette décision, ont dû repousser, comme insuffisant, le certificat d'origine dont nous venons de parler. Mais il ne sera pas inutile de nous arrêter un instant à la prétendue lettre de voiture qui avait, dit-on, accompagné les marchandises depuis Hambourg jusqu'à Embden.

» Cette lettre de voiture que l'on a accolée, pour la produire, à une lettre du sieur Vanderwaale, du 5 juillet 1805, n'avait cependant pas été envoyée au sieur Duchesne avec cette lettre; elle ne lui a été transmise que par une autre lettre du 7 septembre suivant, qui est également sous vos yeux; et par cette lettre, le sieur Vanderwaale lui annonce qu'il la lui transmet pour *applanir les difficultés* elevées par les douaniers français.

» Ce n'est donc qu'après l'arrestation du navire et de sa cargaison, que le sieur Duchesne a fait venir d'Embden la prétendue lettre de voiture dont il se prevaut aujourd'hui; et indépendamment de ce que cette prétendue lettre de voiture n'a aucune espèce d'authenticité, indépendamment de ce que rien ne justifie qu'elle n'a pas été fabriquée après coup, indépendamment de ce qu'elle est évidemment dans le cas du principe général que des actes sous seing-privé ne font pas foi contre des tiers et encore moins contre le fisc, on voit assez que de la seule époque où le sieur Duchesne l'a reçue et a commencé de s'en servir, il résulte la présomption la plus forte qu'elle ne doit l'être qu'au besoin qu'en a eu le sieur Duchesne pour colorer sa contravention.

» Ajoutons encore que les deux lettres du sieur Vanderwaale qui sont produites, ont bien plutôt l'air de venir d'Angleterre que de la ville d'Embden, d'où elles sont datées; car elles sont timbrées, non pas *Embden*, mais *Hollande*. Vous savez qu'aux époques dont elles portent les dates, les 5 juillet et 7 septembre 1805, le Hanovre était encore occupé par les troupes françaises, et que conséquemment rien n'était plus libre que les communications entre la ville d'Embden et la France. C'était donc d'Embden que devaient partir directement, c'était donc d'Embden que devaient être timbrées les lettres de cette ville, qui etaient destinées pour une commune quelconque du territoire français. Cependant c'est le timbre, le seul timbre de Hollande, que portent les deux lettres dont il s'agit. Et pourquoi le portent-elles? Sans doute parce qu'elles ont été écrites d'Angleterre; sans doute parce qu'elles ont été adressées d'Angleterre en Hollande, pour être de-la transmises en France; sans doute parceque le sieur Vanderwaale a fait pour ces lettres, ce que faisaient encore, avant le decret imperial du 21 novembre 1806, toutes les personnes qui, ayant des maisons affidées en Hollande, se servaient de leur intermédiaire pour faire parvenir en

Digitized by Google

France les lettres qu'elles écrivaient d'Angleterre.

» Mais si c'est d'Angleterre que viennent les lettres du sieur Vanderwaale, si du moins il est permis de présumer qu'elles en viennent, enfin s'il n'est pas prouvé qu'elles viennent d'Embden, quelle confiance peuvent-elles mériter ici? Et la prétendue lettre de voiture qui a été transmise par l'une de ces lettres, ne doit-elle pas être regardée comme un vain chiffon?

» A Dieu ne plaise que de ces observations préliminaires nous allions inférer que l'arrêt dont on vous demande la cassation doit être maintenu sans examen ultérieur. Mais nous croyons pouvoir dire qu'elles forment un contre-poids plus que suffisant aux considérations que l'on fait valoir devant vous; et que la cause se trouve ainsi replacée dans le juste équilibre où elle doit se trouver, pour que les moyens de cassation présentés par les demandeurs, puissent être appréciés avec une sévérité aussi juste que nécessaire.

» Ces moyens, vous ne l'avez pas oublié, sont au nombre de six; et le premier qui est particulier au sieur Smitt, consiste à dire que le sieur Smitt n'a pas joui, sur l'assignation qui lui a été donnée en cause d'appel, du délai auquel il avait droit d'après la distance de la ville d'Embden, lieu de son domicile, à celle de Caen; que par-là il a été contrevenu à l'art. 200 du Code du 3 brumaire an 4, qui veut, à peine de nullité, que le prévenu soit entendu en cause d'appel à la suite du rapport.

» Si ce moyen était fondé dans la bouche du sieur Smitt, nous aurions à examiner si le sieur Duchesne est recevable à s'en prévaloir sous le prétexte de l'indivisibilité de l'affaire. Mais déjà sans doute vous avez pressenti que ce moyen ne mérite aucun égard.

» Que dans les matières civiles ordinaires, le délai d'une assignation donnée à un domicile élu, doive être mesurée, non sur la distance de ce domicile au lieu où siège le tribunal, mais sur la distance du domicile réel de l'assigné à ce même lieu, c'est ce que personne ne peut contester, sur-tout depuis que la cour l'a ainsi jugé le 25 vendémiaire an 12, en cassant un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris contre le sieur Jouin.

» Mais en est-il de même dans les affaires de Douanes? La négative est indubitable pour celles de ces affaires qui s'instruisent civilement, c'est-à-dire, pour celles qui sont portées en première instance devant les juges de paix, et par appel devant les tribunaux d'arrondissement. — Il est, en effet, bien impossible d'accorder avec la règle dont il s'agit, la rapidité avec laquelle les lois veulent que l'instruction marche dans ces sortes d'affaires. — La loi du 14 fructidor an 3 porte, art. 3, que « le rapport de saisie contiendra sommation à la partie nommée ou inconnue de comparaître *le lendemain matin* devant le juge de paix de l'arrondissement ». — L'art. 6 ajoute « que l'appel devra être notifié dans la huitaine de la signification.... et contiendra assignation *à trois jours* devant le tribunal civil dans le ressort duquel se trouvera le juge de paix qui aura rendu le jugement ». — Et ce qui prouve bien que ces délais ne doivent pas être augmentés dans le cas où la partie saisie n'a qu'un domicile élu dans le lieu où elle a été prise en contravention, c'est que l'art. 11 déclare nettement que par les mots *dans la huitaine de la signification du jugement*, on doit entendre la signification faite au *domicile élu dans le lieu de l'établissement du bureau*, tout aussi bien que la signification faite au *domicile réel*. — Il est vrai que de ces trois articles il y en a un qui a été modifié par la loi du 9 floréal an 7; mais en quoi consiste la modification qu'y a apportée cette loi? En un seul point: — « Le délai de l'assignation sur l'appel, fixé à trois jours par l'art. 6 de la loi du 14 fructidor an 3, sera augmenté d'un jour par chaque deux myriamètres de distance entre la commune où est établi le tribunal de paix et celui où siège le tribunal civil ». Ainsi s'exprime la loi du 9 floréal an 7, tit. 4, art. 14; et l'on voit clairement que la distance du domicile élu au domicile réel, n'entre pas plus dans les calculs de cette loi, que dans ceux de la loi du 14 fructidor an 3, pour régler les délais de l'assignation.

» Mais s'il en est ainsi dans les affaires de Douanes qui se poursuivent par la voie civile, comment pourrait-il en être autrement dans les affaires de Douanes qui se poursuivent par la voie correctionnelle? Certes, le législateur n'a pu mettre moins d'intérêt à l'accélération de celle-ci, qu'il n'en a mis à l'accélération de celle-là. Aussi trouvons-nous dans la loi du 11 prairial an 7, la preuve qu'il s'est occupé de l'une avec le même soin que de l'autre. — Cette loi commence par énoncer dans son préambule, « que le principal objet de la loi du 10 brumaire an 5, qui prohibe l'importation et la vente des marchandises anglaises, ne serait pas rempli, si les peines qu'elle prononce n'atteignaient pas promptement le délit qu'elle a voulu réprimer; et qu'il est aussi instant que nécessaire de prévenir tout retard dans les jugemens sur les rapports des contraventions à cette loi ». — Ensuite voici de quelle manière elle dispose: — « *Art.* 1, le prévenu de contravention à la loi du 10 brumaire an 5, qui n'aura pas été mis en arrestation, conformément à l'art. 15 de ladite loi, sera cité..... à comparaître en personne devant le tribunal de police correctionnelle, *le troisième jour* qui suivra le dépôt au greffe du rapport de la contravention. — *Art.* 2. si au jour fixé, le prévenu ne comparaît pas en personne, le tribunal sera tenu de rendre son jugement dans la décade. — *Art.* 3. si le prévenu comparaissant, il y a lieu de prononcer une remise, elle ne pourra excéder *trois jours*; et le troisième jour, le tribunal prononcera, partie présente ou absente. — *Art.* 6. en cas d'appel, le tribunal criminel sera tenu de prononcer *dans les dix jours*, à compter de celui où sera parvenue à son greffe la requête d'appel qui doit lui être envoyée par le commissaire du pouvoir exécutif, conformément à l'art. 196 de la loi du 3 brumaire an 4 ».

Digitized by Google

» Toutes ces dispositions sont assurément trop absolues, pour que l'on puisse allonger les délais qu'elles déterminent, par la considération que le prévenu n'est point domicilié dans le lieu où il a été surpris en contravention; et il est assez sensible que si la loi s'était arrêtée a cette considération, elle aurait totalement manque son but, puisqu'il aurait pu en resulter l'obligation de proroger à deux, trois, quatre, six mois, et même à un an ou plus, des delais qu'elle a impérieusement voulu resserrer dans des espaces très courts.

» Quelle raison y aurait-il d'ailleurs d'obliger la régie des Douanes à régler les delais de ses assignations en matière correctionnelle, d'après la distance du domicile des prévenus au lieu où siège le tribunal devant lequel elle les traduit? Les lois qui fixent ces delais, ne s'occupent pas du domicile des prévenus. Et de quel droit suppléerait-on à leur silence? De quel droit sur-tout y suppléerait-on, à l'effet de casser un jugement en dernier ressort, c'est-à-dire, de faire ce qui n'est permis qu'en cas de *contravention expresse aux lois?* Eh! ne sait-on pas que même dans les matières civiles ordinaires, les articles de l'ordonnance de 1667, qui, pour les délais des ajournemens et de quelques autres actes de procédure, accordaient un jour de plus par dix lieues, ne faisaient pas loi pour les delais dans lesquels devaient être faits les actes ou exploits non compris dans ces articles? Ne sait-on pas, par exemple, que par arrêt du 21 nivose an 9, au rapport de M. Maleville, la cour a maintenu un jugement du tribunal civil du département du Jura, qui avait décidé que le delai de huitaine dans lequel cette ordonnance voulait que fût formée l'opposition aux jugemens par défaut, ne devait pas être augmenté d'un jour par dix lieues, à raison de la distance du domicile des condamnés; et que pour maintenir ce jugement, elle s'est expressément fondée sur ce « que l'ordonnance voulait impérativement que la requête fût donnée dans la huitaine, et que ni cette loi, ni aucune autre n'avaient accordé une augmentation d'un jour par dix lieues en matière d'opposition ».

» Ce n'est pas tout. Quand même, en thèse générale, le sieur Smitt serait fondé à prétendre qu'on eût dû lui donner un jour de plus par deux myriamètres, il ne serait du moins pas recevable à réclamer de ce chef contre l'arrêt du 14 mars 1806, qui l'a condamné sans qu'il eut joui de cette augmentation de delai; et la raison en est simple : c'est qu'il n'a pas attaqué l'arrêt du 24 février précédent, qui, sur la demande de la régie des Douanes, et attendu l'urgence de la matière, avait *fixé* le rapport de l'affaire au 12 mars; c'est que l'arrêt du 14 mars n'est que l'exécution de celui du 24 février; c'est que l'arrêt du 24 février subsistant, celui du 14 mars doit necessairement triompher du premier moyen de cassation des demandeurs.

» A l'egard du second moyen, c'est aussi dans l'interêt du sieur Smitt seul qu'il est proposé : on le fait résulter de ce que son navire est confisque par l'arrêt du 14 mars, quoiqu'il n'eût pas été compris dans le procès-verbal de saisie du 13 brumaire an 14.

» Mais comment l'aurait-on compris dans ce procès-verbal? Il n'était plus, le 13 brumaire an 14, sous la main de la régie des Douanes; il était alors en pleine mer : dès le 27 vendémiaire precedent, la régie des Douanes en avait donné main-levée sous caution au capitaine Smitt; et certainement le capitaine Smitt ne peut pas aujourd'hui se prévaloir de l'omission d'une saisie qui n'a été rendue impossible que par l'effet d'une faveur qu'il a lui-même sollicitée; il le peut d'antant moins, qu'en donnant cantion pour la valeur de son navire fixée par une expertise à laquelle il a concouru, il a bien virtuellement consenti à payer cette valeur dans le cas où il viendrait à être jugé qu'il y avait lieu à la confiscation de son navire; il le peut d'autant moins, enfin, que ce n'est point par la négligence ou l'inattention des douaniers que son navire n'a pas été saisi, mais uniquement par suite d'un contrat passé entre eux et lui, et d'un contrat par lequel il a expressément assimilé sa condition à ce qu'elle eût été si la saisie eût frappé directement sur son navire.

» Le troisième moyen de cassation ne regarde plus le sieur Smitt, et c'est le sieur Duchesne qui vous le propose. Je n'ai pas été appelé, dit-il, ou du moins je ne l'ai pas été régulièrement au procès-verbal de saisie du 13 brumaire an 14; cependant j'etais bien, à cette époque, connu de la régie elle-même pour propriétaire de la cargaison du navire *la Fortuna*; et cela est si vrai, que par acte signifié au domicile du sieur Hervieu-Duclos, qui n'avait de moi aucun pouvoir à cet effet, la régie elle-même m'avait somme de comparaître au procès-verbal. — Done violation de l'art. 3 du tit. 4 de la loi du 9 floréal an 7, qui veut que « les rapports énoncent la présence de la *partie* à la description des objets saisis, ou *la sommation qui lui aura été faite d'y assister* ». — Done nullité, aux termes de l'art. 11 du même titre.

» Mais que signifient ces mots, *la partie*, dans l'art. 3 du titre 4 de la loi du 9 floréal an 7? Incontestablement ils désignent dans cet article, celuiqui, de la part de la regie des douanes, est passible des poursuites auxquelles le procès-verbal peut donner lieu; et ce qui ne permet pas d'en douter, c'est que l'art. 6 ajoute : « Si le *prévenu* est présent, le rapport énoncera qu'il lui en a été donné lecture; qu'il a été interpellé de le signer, et qu'il en a reçu de suite copie avec *citation à comparoître* dans les vingt-quatre heures devant le juge de paix de l'arrondissement ». — Or, après le procès-verbal, la régie des Douanes est-elle tenue, pour faire prononcer les peines qui en dérivent, de faire assigner le propriétaire des marchandises saisies? Non; elle peut n'assigner que le porteur, ou le voiturier, ou le capitaine du navire qui a conduit les marchandises au lieu où la capture en a été faite : « La confiscation des marchandises saisies (porte la loi du 22 août 1791, tit. 12, art. 1), pourra être poursuivie et prononcée contre les preposés à leur conduite, sans que la régie soit tenue de mettre en

Digitized by Google

cause les propriétaires, quand même ils lui seraient indiqués : sauf, si lesdits propriétaires intervenaient ou étaient appelés par ceux sur lesquels les saisies auraient été faites, à être statué, ainsi que de droit, sur leurs interventions et réclamations ». — La régie des douanes a donc pu ne faire assigner, par suite du procès-verbal du 13 brumaire an 14, que le capitaine du navire *la Fortuna ;* elle a donc pu, par la même raison, ne citer que lui à comparaître à ce procès-verbal; on ne peut donc pas annuller ce procès-verbal, faute de citation régulièrement donnée au sieur Duckesne pour y comparaître.

» Inutile de dire que le 13 brumaire an 14, le sieur Smitt n'était plus à Caen, et qu'il avait repris la mer. — Il n'était plus à Caen, mais il était toujours censé y être, au moyen du domicile qu'il y avait élu pour toutes les significations qu'il y aurait lieu de lui faire; et il s'en fallait beaucoup que la régie des Douanes eût abandonné, comme on le prétend, les actions qu'elle avait contre lui, puisqu'elle ne lui avait donné main-levée de son bâtiment, puisqu'elle ne l'avait laissé partir qu'après lui avoir fait fournir une caution pour répondre des condamnations qui pourraient être prononcées à sa charge.

» Le quatrième moyen est commun aux deux demandeurs, et voici comment ils le présentent : — En première instance le procureur impérial n'avait conclu qu'à la confiscation des marchandises saisies, et il en avait donné la raison : C'est qu'à ses yeux, le procès-verbal du 13 brumaire an 14 était nul; c'est que, par suite, c'était, suivant lui, le cas d'appliquer l'art. 23 du tit. 10 de la loi du 22 août 1791, qui enjoint au ministère public, en cas de nullité de procès verbaux de saisie, de requérir la confiscation des marchandises prohibées à l'entrée, et veut que cette confiscation soit prononcée sans amende. — En conséquence, l'appel du procureur impérial n'avait pu porter que sur le chef du jugement qui avait rejeté ses conclusions, à fin de confiscation des soixante barriques de sucres bruts; et par-là, le surplus du jugement avait acquis, à l'égard de ce magistrat, l'autorité de la chose jugée. — Cependant c'est en recevant son appel, que la cour de justice criminelle du Calvados a déclaré valable le procès-verbal de saisie. — L'autorité de la chose jugée a donc été violée par cette cour. — Et cette violation en a entraîné une autre bien plus importante : elle a conduit la cour de justice criminelle à prononcer une confiscation qui n'aurait pu avoir lieu que dans le cas où le procès-verbal de saisie eût été, et eût pu, en cause d'appel, être jugé régulier : car les soixante barriques de sucres bruts n'étaient point dans l'hypothèse prévue par l'art. 23 du tit. 10 de la loi du 22 août 1791; cet article ne parle pas des marchandises prohibées à l'entrée; et tout le monde sait que les sucres bruts ne sont pas considérés comme tels; tout le monde sait que l'entrée en est permise en France, puisqu'ils sont portés dans le tarif du droit d'importation. — Deux réponses.

» 1°. Il faut bien distinguer les différentes espèces de denrées coloniales dont s'occupe la législation des Douanes. — Les denrées coloniales françaises ne sont certainement pas prohibées à l'entrée, et l'introduction n'en est soumise qu'à des droits proportionnés à leur valeur. — Il en est de même des denrées coloniales étrangères qui sont accompagnées de certificats d'origine délivrés par des officiers compétens et revêtus de toutes les formes requises par la loi. — Mais les denrées coloniales étrangères que n'accompagnent pas des certificats d'origine parfaitement réguliers, sont bien constamment frappées de prohibition; elles sont bien constamment *marchandises prohibées à l'entrée ;* cela résulte, et de l'arrêté du premier messidor an 11, et de la loi du 22 ventose an 12, et du décret du 30 ventose an 13.

» Qu'importe qu'en cas de saisie, elles se vendent en France sans charge de réimportation à l'étranger? On peut bien conclure de la que, quoique réputées anglaises par le seul fait de l'absence du certificat d'origine, elles ne sont pas du nombre des denrées dont la consommation est prohibée en France; mais autre chose est que des denrées soient prohibées à la consommation, autre chose est qu'elles soient prohibées à l'entrée. Toutes les marchandises prohibées à la consommation, le sont nécessairement à l'entrée; mais toutes celles qui sont prohibées à l'entrée, ne le sont point pour cela à la consommation. La loi du 10 brumaire an 5 et celle du 9 floreal an 7 les distinguent clairement les unes des autres; et c'est sur cette distinction que vous vous êtes fondés le 25 juillet 1806, dans l'affaire du navire *le Triversdriff*, pour juger, d'une part, que la régie des Douanes n'avait pas droit à l'amende, parcequ'elle avait omis une forme particulièrement requise dans les procès-verbaux de saisie de marchandises non prohibées à la consommation; et, de l'autre, que le corps du navire avait dû être confisqué, parceque c'etaient des marchandises prohibées à l'entrée qu'il avait introduites en France. Qu'entend-on d'ailleurs par *marchandises prohibées à l'entrée?* Ce sont bien notoirement les marchandises qui ne peuvent pas être admises au paiement des droits d'importation. Or, la régie des Douanes peut-elle admettre au paiement de ces droits, les denrées coloniales étrangères qui ne sont pas accompagnées de certificats d'origine en bonne forme? Non. Les denrées coloniales étrangères sont donc, en ce cas, prohibées à l'entrée; et dès-lors, il est clair que pour faire prononcer la confiscation des soixante barriques de sucres dont il s'agit, le procureur impérial du tribunal de Caen n'avait pas besoin de faire juger valable en cause d'appel, le procès-verbal de saisie qu'il avait, en première instance, reconnu pour irrégulier; mais qu'il lui suffisait d'établir que les soixante barriques de sucres venaient, ou étaient par la loi reputées venir d'Angleterre.

» 2°. Les demandeurs raisonnent comme si le procureur impérial eût été seul appelant du jugement du tribunal de première instance de Caen.

Digitized by Google

Mais ils ne peuvent pas ignorer que la régie des Douanes avait aussi appelé de ce jugement; et qu'a-t-il dû résulter de l'appel qu'elle en avait interjeté? Il a dû en résulter deux choses. — D'abord, le procès-verbal de saisie eût-il été jugé nul, la régie des Douanes pouvait, même dans le silence du ministère public, conclure à la confiscation des marchandises saisies. (C'est un point consacré par plusieurs de vos arrêts, notamment par ceux qui ont été rendus au rapport de M. Aumont le 1er germinal an 9, et au rapport de M. Andier-Massillon le 25 juillet 1806) : et non seulement elle y a conclu en effet, mais le ministère public y a conclu avec elle. — Ensuite, le procès-verbal de saisie n'a pas été jugé nul, il a an contraire été jugé valable sur l'appel de la régie des Douanes. Donc la régie des Douanes a pu conclure, comme elle l'a fait, non seulement à la confiscation, mais encore à l'amende. Donc, en accueillant ses conclusions sur l'un comme sur l'autre objet, la cour de justice criminelle du département du Calvados n'a pas porté atteinte à la chose jugée.

» Le cinquième moyen de cassation est peut-être le plus apparent de tous ceux que vous présentent les demandeurs; et il se réduit à ce raisonnement : — Pour que l'arrêt attaqué, disent les demandeurs, eût pu, en nous appliquant l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5, nous condamner à l'amende de la triple valeur des marchandises saisies, et prononcer la confiscation du navire qui les avait transportées en France, il faudrait que ces marchandises fussent comprises parmi celles dont la loi du 10 brumaire an 5 prohibe l'importation en France. Or, il est certain qu'elles ne le sont pas : la loi du 10 brumaire an 5 ne défend d'importer en France que les marchandises manufacturées qui proviennent, soit des fabriques anglaises, soit du commerce anglais; et la preuve qu'elle ne considère pas les sucres bruts comme marchandises manufacturées, c'est que dans la nomenclature des marchandises manufacturées qu'elle répute anglaises, par cela seul qu'elles viennent de l'étranger, elle ne parle que des *sucres raffinés*. Ce n'est donc pas à la loi du 10 brumaire an 5 que nous avons contrevenu, en introduisant en France des sucres bruts, qui, par l'effet d'un défaut de formalités, se trouvent frappés de la présomption d'origine anglaise; et si ce n'est pas à cette loi que nous avons contrevenu, bien évidemment ce n'est pas par cette loi que nous devons être punis. En introduisant en France des sucres bruts présumés venir d'Angleterre, nous n'avons contrevenu qu'à l'arrêté du gouvernement du 1er messidor an 11, qu'à la loi du 22 ventose an 12, qu'au décret impérial du 30 ventose an 13. Mais quelle est la peine que prononcent cet arrêté, cette loi, ce décret? Il n'y en a point d'autre que la confiscation des sucres. La confiscation des sucres est donc la seule peine que l'on a pu nous infliger. Il y a donc, dans l'arrêt que nous attaquons, fausse application de l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5.

» Rien de plus spécieux que toute cette argumentation. Mais un seul mot la fera disparaître : c'est que le gouvernement a expressément étendu aux marchandises anglaises non manufacturées, les dispositions pénales de la loi du 10 brumaire an 5.

» La preuve de cette vérité résulte de la combinaison de l'arrêté du 1er messidor an 11 avec celui du 4e jour complémentaire de la même année.

» L'arrêté du 1er messidor an 11 porte, art. 1 : « A dater de la publication du présent arrêté, il ne sera reçu dans les ports de la république, aucune denrée coloniale provenant des colonies anglaises, ni aucune marchandise venant directement ou indirectement d'Angleterre. En conséquence, toutes denrées et marchandises provenant de fabriques ou de colonies anglaises, seront confisquées ». — Par ces dernières expressions, *provenant de fabriques ou de colonies anglaises*, le gouvernement manifestait déjà assez clairement son intention d'effacer pour l'avenir toute différence entre les marchandises provenant des fabriques anglaises et par conséquent manufacturées, et les marchandises non manufacturées, provenant ou des colonies ou du sol ou du commerce de l'Angleterre : il prouvait déjà, par ces expressions, qu'il voulait les placer toutes sur la même ligne; et comme, de ce qu'il se bornait à dire que les unes et les autres seraient également confisquées, on ne pouvait sûrement pas conclure que la confiscation fût désormais la seule peine à infliger aux introducteurs de marchandises provenant de fabriques anglaises, il était bien naturel de penser que l'on ne devait pas non plus ne condamner qu'à cette peine les introducteurs de marchandises anglaises non manufacturées. — Mais quelque plausible que fût cette interprétation, elle pouvait souffrir des difficultés; et par cela seul qu'elle n'était qu'une interprétation, elle pouvait arrêter les tribunaux. Le gouvernement l'a senti, et il a levé tous les doutes par son arrêté du 4e jour complémentaire suivant.

» Par l'art. 1 de cet arrêté, le gouvernement commence par enjoindre « à tous postes militaires, aux gendarmes nationaux, aux gardes nationales de service, et généralement à tous fonctionnaires, d'arrêter tous individus qui introduiraient des *marchandises de fabrique ou de commerce anglais* ». — Et il est bien évident que cette injonction est commune à toutes les espèces de marchandises anglaises, manufacturées ou non. — Ensuite il ajoute, art. 5 : « Dans le cas où il n'y aurait ni attroupement ni port d'armes, les fraudeurs et leurs complices seront poursuivis *ainsi qu'il est prescrit par les art. 6 et 15 de la loi du 10 brumaire an* 5, et dans la forme déterminée par la loi du 7 pluviose an 9; et seront en conséquence traduits, sans aucun délai, devant le tribunal d'arrondissement jugeant correctionnellement ».

» Voilà donc l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5 déclaré commun à l'importation des marchandises anglaises non manufacturées. Et peu importe, d'après cela, que l'art. 14 de la loi du 22 ventose an 12 et l'art. 2 du décret du 30 ventose an 13 ne

Digitized by Google

parlent encore que de la confiscation des denrées coloniales provenant d'Angleterre. En parlant de la confiscation, ces articles n'ont fait que répéter ce qu'avait déjà dit l'arrêté du 1er messidor an 11. Ils n'ont donc pas abrogé le sens dans lequel l'arrêté du 4e jour complémentaire an 11 avait déclaré que devait être entendu celui du 1er messidor précédent. On ne peut donc conclure ni de l'un ni de l'autre article, que la confiscation soit la seule peine que l'on doive prononcer contre les introducteurs de marchandises anglaises non manufacturées.

» C'est, au surplus, ce que vous avez jugé de la manière la plus précise, au rapport de M. Audier et sur nos conclusions, dans l'affaire du navire *le Tryverdrijf*. Ce navire, qui appartenait au sieur Lecauchois, avait introduit en France des marchandises anglaises non manufacturées; et la cour de justice criminelle du Calvados, tout en déchargeant les prevenus de l'amende, parceque le proces-verbal de saisie était nul, avait prononcé la confiscation, non seulement des marchandises, mais encore du navire. Le sieur Lecauchois s'est pourvu en cassation, et vous a exposé que, s'agissant de marchandises non manufacturées, on n'avait pas pu appliquer la disposition de l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5, qui ordonne la confiscation des bâtimens de mer en même temps que celle des marchandises; que l'importation des marchandises anglaises non manufacturées n'était prohibée que par la loi du 22 ventose an 12 et le decret du 30 ventose an 13; et que cette loi, ce decret ne prononçant que la confiscation des marchandises mêmes, c'était par excès de pouvoir que l'on y avait ajouté celle du navire. — Mais, par arrêt du 25 juillet 1806, vous n'avez eu aucun égard à ces raisons, et vous avez rejeté le recours du sieur Lecauchois, « attendu qu'il a été déclaré constant, en fait, que les marchandises dont il s'agit proviennent du commerce anglais, et que le brick *le Triversdrijf* a été chargé en Angleterre; que la loi du 22 ventose an 12 et les décrets du 1er messidor et 4e jour complémentaire an 11 mettent au rang des marchandises prohibées, toutes celles qui proviennent du commerce anglais, sans distinction de qualité; que l'article 5 du décret du 4e jour complémentaire an 11 ordonne que ceux qui introduiront des marchandises provenant du commerce anglais, seront punis vis ainsi qu'il est prescrit par l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5; et que cet article prononce, non seulement la confiscation des marchandises, mais encore des bâtimens de mer, charrettes, ou autres objets servant à leur transport : d'où il suit que l'arrêt a pu ordonner la confiscation du navire *le Trisverdrijf*, ainsi que de la cargaison.... ». (*V. Marchandises anglaises*).

» Reste le sixième moyen des demandeurs, et ce n'est pas le moins compliqué : il en renferme même deux très distincts : l'un, qui se réduit à accuser la cour criminelle du Calvados d'une fausse application du décret du 30 ventose an 13; l'autre, qui tend à établir que, même en supposant ce decret justement appliqué, l'arrêt de la cour criminelle du Calvados devrait encore être cassé, pour ne s'être pas borné à obliger les demandeurs de réexporter du territoire français des marchandises nationales d'une valeur égale à celle des denrées étrangères qu'ils y avaient introduites.

» Et d'abord on prétend que les demandeurs avaient fait, pour pouvoir introduire légitimement en France les sucres bruts dont il s'agit, tout ce que leur prescrivait le décret du 30 ventose an 13; qu'ils n'avaient besoin pour cela que d'être munis d'un certificat d'origine délivré par le consul français au port d'embarquement, et qu'ils en avaient un en bonne forme; qu'ainsi, en les punissant comme réfractaires au décret du 30 ventose an 13, tandis qu'ils s'y étaient parfaitement conformés, la cour criminelle du Calvados a fait de ce règlement une application souverainement fausse.

» Là-dessus, deux questions à examiner : la première, si le certificat d'origine qui accompagnait les sucres bruts à leur arrivée en France, peut être considéré comme l'ouvrage d'un consul français *au port d'embarquement*; la seconde, si, en le supposant tel, il est en bonne forme.

» Sur la première question, il est deux points de fait très constans dans la cause : l'un, que les sucres saisis sur les demandeurs, à Caen, ont été amenés en France, non par un navire parti directement de Hamborg, c'est-à-dire, du port où a été délivré le certificat d'origine que l'on représente, mais par un navire parti directement d'Embden, ville où l'Empereur n'a point de consul; l'autre, qu'il n'y a aucune identité entre le navire parti d'Embden, qui les a amenés en France, et le navire que l'on prétend être parti de Hamborg pour les conduire à Embden.

» Ces deux faits posés, interrogeons le décret du 30 ventose an 13 : « Les denrées coloniales étrangères ne seront admises dans les ports de France, qu'autant qu'elles seront accompagnées de certificats délivrés par les commissaires des relations commerciales de S. M. l'Empereur *au port d'embarquement*, portant qu'elles ne proviennent ni des colonies d'Angleterre ni de son commerce ». — C'est donc *au port d'embarquement* que doit être délivré le certificat d'origine, sans lequel les denrées coloniales étrangères ne peuvent être admises dans les ports de France.

» Mais que doit-on entendre par *port d'embarquement?* C'est sans doute le port où les marchandises ont été embarquées sur le navire qui les a conduites directement en France. Telle est du moins l'idée qui s'attache naturellement à ces mots; et c'en est déjà assez pour mettre l'arrêt qui les a ainsi entendus, à l'abri de la cassation : car quel reproche lui fait-on à cet egard? Point d'autre que celui d'avoir donné au décret le sens qu'il présente littéralement. Or, a-t-on jamais cassé un arrêt pour avoir appliqué littéralement une loi? — « Un arrêt de la cour de cassation (est-il dit dans l'avis du conseil d'état du 18 janvier 1806, approuvé par l'Empereur le 31 du même mois), un arrêt de la

Digitized by Google

cour de cassation qui détruirait un jugement pour être trop conforme au texte de la loi, offrirait, dans l'ordre judiciaire, un scandale dont, il faut l'espérer, nous ne serons jamais les témoins ». (*V. Cassation*, §. 2.)

» Nous conviendrons pourtant que l'on pourrait, à la rigueur, considérer ici le port de Hambourg comme port d'embarquement, s'il était constaté que les sucres énoncés dans le certificat délivré en cette ville, y ont été réellement embarqués, qu'ils en sont reellement partis pour Embden, et qu'ils n'ont fait, à Embden, que changer de navire. Mais sur tout cela, quelles preuves rapporte-t-on? Aucune. Nous voyons bien, par le certificat délivré à Hambourg, que, le 28 prairial an 13, il a été déclaré au consul français en cette ville, qu'on se proposait d'envoyer en France, par le Hanovre, soixante barriques de sucres bruts. Mais qui nous garantira que cette déclaration a eu son effet? Qui nous garantira que cette declaration n'a pas été achetée d'un négociant de Hambourg, pour masquer la fraude que l'on projetait? Qui nous garantira que cette déclaration n'a pas été envoyee à Embden par la poste? Qui nous garantira qu'elle n'était pas uniquement destinée à être jointe à des marchandises anglaises que l'on attendait en ce dernier port, et qu'on se proposait de verser en France?

» Ce n'est donc pas seulement au sens littéral du décret du 30 ventose an 13 que s'est conformé l'arrêt attaqué par les demandeurs; il est encore entré dans le véritable esprit de ce décret, puisque, dans le cas sur lequel il a statué, il n'y avait nulle preuve, nul indice légal, que le port d'embarquement des soixante barriques de sucres bruts fût celui de Hambourg; puisque, dès-lors, la cour criminelle du Calvados ne pouvait considérer comme port d'embarquement que celui d'Embden.

» Et ceci répond d'avance à notre deuxième question, à celle de savoir si le certificat délivré à Hambourg le 28 prairial an 13, est en bonne forme. — Pour qu'il fût en bonne forme, il faudrait, suivant l'art. 2 de l'arrêté du 1er messidor an 11 et l'art. 15 de la loi du 22 ventose an 12, qu'il énonçât que le consul *a vu le chargement s'opérer sous ses yeux*, et qu'il contînt la mention expresse du *nom du vaisseau, de celui du capitaine, du nombre d'hommes d'équipage et de la destination du bâtiment*. — Sans ces précautions, en effet, comment prévenir les chargemens simulés? comment empêcher les substitutions de navires prétendus chargés dans un port neutre, à des navires chargés dans un port anglais? Comment constater, en un mot, que des marchandises venant, par exemple, d'une colonie espagnole, et bien connues pour telles du consul français à Hambourg, sont parties de Hambourg même, et n'ont pas, en changeant de navire dans un autre port, été remplacées par des marchandises venant d'une colonie anglaise?

» Or, dans le certificat dont se prévalent les demandeurs, non seulement on ne trouve pas toutes les énonciations que nous venons de rappeler, mais ils n'en renferment pas même une seule; et que peut, d'après cela, prouver un certificat aussi imparfait? Il prouve, si l'on veut, qu'une déclaration a été faite au consul français à Hambourg le 28 prairial an 13; que le consul français a vu les marchandises qui étaient l'objet de cette déclaration; qu'il en a vérifié l'origine, et qu'il a reconnu qu'elles n'étaient pas anglaises. Mais certainement il ne prouve pas, il ne peut pas prouver, que ces marchandises ont suivi la destination que l'on avait déclaré au consul français vouloir leur donner; il ne prouve pas, il ne peut pas prouver, que ces marchandises ne sont pas restées à Hambourg; il ne prouve pas, il ne peut pas prouver, qu'il y ait l'ombre d'identité entre ces marchandises et celles qui ont été embarquées à Embden le 25 juillet 1805.

» Mais, disent les demandeurs, pour apprécier la légalité du certificat dont il est ici question, ce n'est ni à l'arrêté du 1er messidor an 11, ni à la loi du 22 ventose an 12, que l'on doit s'attacher: on ne doit s'attacher qu'au décret du 30 ventose an 13; et ce décret n'assujettit à aucune formalité particulière les certificats qu'il exige. Dès que les certificats dont il parle, sont délivrés par un consul français, dès qu'ils le sont au port de l'embarquement, le vœu du décret est rempli; et il n'est pas permis d'ajouter à ses dispositions expresses.

» Nous répondrons d'abord que, même en le supposant ainsi, il restera toujours à savoir quel est le port qui, dans notre espèce, doit être considéré comme *port d'embarquement*; et certainement cette question ne pourra être résolue en faveur du port de Hambourg, par quiconque voudra faire attention que rien ne constate que le correspondant des demandeurs en ce port, en ait fait sortir et ait fait parvenir à Embden, sur le navire *la Fortuna*, les soixante barriques de sucres bruts qui ont été saisies à Caen.

» Nous répondrons ensuite que par cela seul que le décret du 30 ventose an 13 ne prescrit aucune forme pour les certificats d'origine dont il veut que soient accompagnées les denrées coloniales étrangères à leur entrée en France, il est censé se référer et il se réfère nécessairement, sur la forme de ces certificats, aux lois et aux réglemens antérieurs; comme une loi qui, dans certaines circonstances, impose aux voyageurs l'obligation de représenter leurs passeports sans en déterminer la forme, est censée se référer et se réfère nécessairement aux lois qui ont précédemment réglé la forme de ces sortes d'actes; comme une loi qui défend de passer certains contrats autrement que par-devant notaire, sans spécifier le nombre et la qualité des témoins qui devront y intervenir, est censée se référer et se réfère nécessairement aux lois qui ont précédemment fixé ce nombre et ces qualités pour les coutrats notariés en général.

» Et inutilement vient-on vous dire que l'objet du décret du 30 ventose an 13 n'est pas le même que celui de l'arrêté du 1er messidor an 11, et de

Digitized by Google

la loi du 22 ventose an 12; qu'il est question dans ceux-ci, des *denrées coloniales provenant des colonies anglaises;* et dans celui-là, des *denrées coloniales étrangères;* qu'on ne peut pas étendre à l'un les formalités que les deux autres ont prescrites pour les certificats d'origine.

» Assurément ce n'est pas pour qu'on puisse importer en France des *denrées coloniales provenant des colonies anglaises*, que la loi du 22 ventose an 12, en renonvelant les dispositions de l'arrêté du 1er messidor an 11, prescrit les formalités dont les certificats d'origine qu'elle exige, doivent être revêtus; c'est au contraire pour l'empêcher; c'est au contraire pour neutraliser les fraudes que l'on pourrait commettre, en présentant, en France, comme denrées coloniales provenant des colonies hollandaises, danoises on espagnoles, des denrées coloniales qui viendraient reellement des colonies anglaises. Ce n'est donc pas aux conducteurs des denrées coloniales provenant des colonies anglaises, que la loi du 22 ventose an 12 impose la nécessité de se munir de certificats d'origine dont elle précise la forme; elle n'impose donc cette obligation qu'aux conducteurs des denrées coloniales provenant des colonies neutres ou amies; elle impose donc cette obligation aux conducteurs des mêmes denrées coloniales dont le décret du 30 ventose an 13 permet l'importation moyennant des certificats d'origine. L'objet de la loi du 22 ventose an 12 et celui du décret du 30 ventose an 13 sont donc absolument les mêmes. Il n'y a donc aucune raison, aucun prétexte, pour ne pas assujettir les certificats d'origine exigés par le décret du 30 ventose an 13, à toutes les formalités prescrites par la loi du 22 ventose an 12.

» Inutilement, dit-on encore, que l'on ne peut pas diviser la loi du 22 ventose an 12; qu'il faut, ou la prendre en entier, ou l'abandonner tout-à-fait; que si on l'abandonne tout-à-fait, il ne restera plus rien que l'on puisse opposer au certificat d'origine délivré le 28 prairial an 13, par le consul de France à Hambourg; et que si on la prend en entier, les demandeurs auraient dû n'être condamnés, d'après son seizième article, qu'à réexporter du territoire français, *des produits des manufactures françaises, en valeur égale à celle de la cargaison* du navire *la Fortuna*. — Ce raisonnement n'est qu'un paralogisme; et trois observations également simples vont le pulvériser.

» 1°. Quand nous abandonnerions tout-à-fait ici la loi du 22 ventose an 12, les demandeurs n'en seraient pas plus avancés. Encore une fois, dans cette hypothèse, les demandeurs ne pourraient faire valoir le certificat du 28 prairial an 13, qu'en prouvant que les soixante barriques de sucres bruts ont été embarquées à Hambourg; et cette preuve, ils ne la rapportent pas, il leur est impossible de la rapporter.

» 2°. Le décret du 30 ventose an 13 ayant toute l'autorité d'une loi, on doit raisonner de ce décret à la loi du 22 ventose an 12, comme on le ferait d'une loi nouvelle à une loi plus ancienne. Or, où a-t-on pris que lorsqu'une loi nouvelle n'a dérogé à une loi plus ancienne que dans un de ses points, la loi plus ancienne ne conserve pas toute sa force dans ses autres dispositions? Et n'est-il pas au contraire de maxime, n'est-ce pas même une des règles les plus triviales du droit, que les anciennes lois auxquelles il est dérogé par des lois nouvelles, continuent d'être obligatoires dans tous les points sur lesquels ne frappe pas directement la dérogation prononcée par celles-ci? — Or, en quoi le décret du 30 ventose an 13 déroge-t-il à la loi du 22 ventose an 12? Il n'y déroge qu'en ce qu'il rend absolue la défense que contient celle-ci; il n'y déroge qu'en ce que, tandis que celle-ci permettait d'introduire en France des denrées coloniales étrangères non accompagnées de certificats d'origine, lorsqu'on se soumettait à en réexporter la contre-valeur en marchandises françaises, il vent qu'à défaut de certificats d'origine, aucune espèce de denrées coloniales étrangères ne soit reçue dans les ports français. Il ne déroge donc pas à cette loi en tant que pour que l'on puisse introduire légalement des denrées coloniales étrangères à l'aide de certificats d'origine, elle veut que ces certificats soient revêtus de certaines formes; il maintient donc cette loi, en tant qu'elle détermine les formes de ces certificats; c'est donc à cette loi qu'il se réfère par rapport aux formes des certificats qu'il exige, pour que les denrées coloniales étrangères ne soient pas saisies et confisquées à leur entrée en France.

» 3°. Les demandeurs supposent qu'à s'en tenir à la loi du 22 ventose an 12, ils n'auraient dû être condamnés qu'à réexporter en marchandises françaises, la contre-valeur des soixante barriques de sucres bruts, et c'est de leur part une très grande erreur. — Il est vrai qu'aux termes de l'art. 16 de la loi du 22 ventose an 12, *tout capitaine qui, par oubli des formes, ou par changement de destination, ne se trouvera pas muni* d'un certificat d'origine conforme aux dispositions de l'art. 15, (et à défaut duquel les denrées coloniales étrangères dont il est chargé, sont, de plein droit, présumées anglaises), peut *être admis dans les ports de la république, à condition de charger en retour, en produits des manufactures françaises, pour une valeur égale à celle de sa cargaison.* — Mais cet article ne peut être entendu que du cas où le capitaine a présenté, en entrant dans un port français, une déclaration contenant qu'il n'est pas muni d'un certificat régulier d'origine; et que pour jouir du bénéfice de la loi, il se soumet à la réexportation en retour, qu'elle lui prescrit. Il ne peut pas être entendu du cas où le capitaine a exhibé comme régulier, un certificat d'origine qui ne l'était pas; où il n'a point fait d'offre de réexportation; où il a fait tout ce qui était en lui pour introduire en France des denrées présumées anglaises, sans se charger en retour de marchandises françaises d'une égale valeur; où, en un mot, il a cherché à frauder la prohibition qui arrête aux barrières de France

Digitized by Google

toutes les marchandises venant d'Angleterre. — Et s'il en était autrement, que signifierait l'art. 14 de la loi citée? que deviendrait la disposition de cet article qui veut que *toutes denrées et marchandises provenant de fabriques ou de colonies anglaises*, soient *confisquées*? quel moyen y aurait-il d'empêcher que cette disposition ne fût perpétuellement éludée par les capitaines qui se trouveraient pris en contravention? ne sent-on pas que, pour se soustraire à la confiscation et aux autres peines qui y sont accessoires, les fraudeurs ne manqueraient jamais de se soumettre à la réexportation en retour, que prescrit l'art. 16? et peut-on sérieusement soupçonner le législateur d'avoir ordonné sa loi de manière que l'application des peines qu'elle prononce, ne fût jamais possible, de manière que les coupables eussent toujours un moyen infaillible d'y échapper?

» Par-là, tombe même la seconde branche du sixième moyen des demandeurs; et à combien plus forte raison est-il de notre devoir de ne pas nous y arrêter, lorsque nous considérons que l'art. 16 de la loi du 22 ventose an 12 était abrogé depuis plus de six mois, au moment où le navire *la Fortuna* est entré en France; que le décret du 30 ventose an 13 était alors dans toute sa vigueur; et que de ses dispositions il résulte qu'en aucun cas, sous aucun prétexte, et à l'aide d'aucune offre ni soumission quelle qu'elle fût, le navire *la Fortuna* ne pouvait, sans un certificat d'origine en bonne forme, importer en France des denrées coloniales étrangères?

» Les demandeurs auraient fait, à l'entrée du navire *la Fortuna* en France, la soumission de le charger en retour, d'une quantité de marchandises françaises égale en valeur aux soixante barriques de sucres bruts, qu'ils n'en auraient pas moins, d'après le décret du 30 ventose an 13, encouru les peines auxquelles sont sujets tous les introducteurs de marchandises anglaises. Ils ont donc, à bien plus forte raison, encouru ces peines, eux qui n'ont pas même fait cette soumission, ou qui, du moins, ne l'ont faite qu'après la saisie des soixante barriques de sucres bruts, et dans le cours du procès. Il n'y a donc pour eux aucun moyen de se soustraire à ces peines; et l'arrêt qui les leur a infligées, doit être maintenu: c'est à quoi nous concluons ».

Arrêt du 19 mars 1807, sur délibéré au rapport de M. Carnot, par lequel,

« Attendu, sur le 1er moyen, qu'il existe des lois particulières sur les délais à observer dans les citations et autres poursuites à faire en police correctionnelle, et principalement en matière de Douanes; de sorte que ce n'est pas ce qui doit se pratiquer dans l'exercice des actions civiles, qui peut être consulté en pareil cas: d'où il suit que les réclamans ne sont pas fondés à se plaindre de ce qu'il n'aurait pas été accordé au capitaine Smitt, l'un d'eux, en le citant sur son appel, tous les délais qu'il aurait pu exiger en matière civile, dès qu'on lui avait accordé tous ceux de rigueur en matière correctionnelle;

» Attendu, sur le deuxième moyen, que si le procureur impérial n'avait fait porter son appel que sur le refus fait par le tribunal de 1re instance, de prononcer la confiscation des sucres saisis, la Douane avait appelé sans restriction; de sorte que son appellation portait également sur la disposition du jugement qui avait annulé la saisie, et sur le refus fait de prononcer la confiscation; que la Douane avait eu qualité pour interjeter cet appel; et qu'il nécessitait, de la part de la cour criminelle, une décision sur l'une et sur l'autre des questions jugées en 1re instance; que, dès-lors, la cour criminelle reconnaissant la validité de la saisie, a dû, par voie de conséquence, prononcer aussi la confiscation;

» Attendu, sur le troisième moyen, que si le navire n'a pas été saisi, c'est que, par le fait du capitaine Smitt, qui l'avait remis en mer, malgré le séquestre et sous caution de le représenter, la saisie en était devenue impossible: car, l'on ne peut procéder à une saisie, que sur des objets qui peuvent, à l'instant même, être mis sous la main de justice; et la raison dit assez, qu'en pareil cas, le séquestre tient nécessairement lieu de saisie; de sorte que, quand même rigoureusement une saisie, en pareil cas, serait exigée pour que les tribunaux pussent prononcer une confiscation, ils n'en étaient pas moins autorisés à la prononcer dans les circonstances;

» Attendu, sur le quatrième, que l'art. 3 de la loi du 9 floréal an 7, en exigeant que la partie soit appelée par sommation à la saisie, pour la rendre valable, ne s'est évidemment servie de cette expression, *partie*, que dans le sens de l'art. 1, tit. 12, de la loi du 22 août 1791, en considérant, comme étant la véritable partie de la Douane, le préposé à la conduite des marchandises saisies, et non le propriétaire supposé de ces marchandises, auquel, seulement, le droit d'intervention est réservé; qu'il suffisait, dans l'espèce particulière, que le capitaine Smitt fût légalement sommé de comparaître à la rédaction du procès-verbal de saisie, ce qui avait été fait, sans que la Douane fût tenue, sous peine de nullité, de faire une sommation à Duchesne, quoiqu'il fût le réclamateur, en qualité de propriétaire des objets saisis; qu'en conséquence, celle qui lui fut faite, le fut *surabondamment*, ce qui ne permet pas d'y rattacher la nullité du procès-verbal de saisie, auquel cette sommation devient indifférente et étrangère;

» Attendu, sur le cinquième, que la loi du 22 ventose an 12 et le décret impérial du 30 ventose an 13 sont corrélatifs avec la loi du 10 brumaire an 5, dont ils étendent les dispositions, quant à la nature des objets prohibés à l'importation; sans que rien annonce qu'ils aient entendu la modifier quant aux peines à appliquer à ce genre de délit; que la loi du 10 brumaire an 5 porte en effet le principe général de la prohibition d'importation

Digitized by Google

en France, des marchandises manufacturées en Angleterre ou provenant du commerce anglais; que la loi du 22 ventose an 12 le rend commun aux denrées coloniales provenant des colonies anglaises; et que le décret impérial du 30 ventose an 13 le rend également commun à toutes denrées coloniales étrangères, qu'il repute anglaises si elles ne sont accompagnées d'un certificat rédigé dans la forme qu'il prescrit, certificat délivré par le commissaire des relations commerciales de sa majesté au port d'embarquement, et qui en déclare l'origine, autre que celle anglaise; que dès-lors, toutes denrées coloniales importées en France, sans être accompagnées d'un pareil certificat, doivent être réputées provenir des colonies anglaises, ou à tout le moins du commerce anglais, ce qui en fait nécessairement rentrer l'importation dans l'application de l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5, qui est la loi générale de la matière et la base fondamentale de la législation des Douanes; d'où il suit que la loi du 22 ventose an 12 et le décret impérial du 30 ventose an 13 n'ayant pas formellement abroge le genre de pénalité prononcé par la loi du 10 brumaire an 5, et la disposition de cette loi et de cet arrêté n'ayant rien d'inconciliable avec les dispositions pénales de la loi de brumaire an 5, les tribunaux doivent appliquer les mêmes peines, tant dans le cas d'infraction aux lois et arrêté des 22 ventose an 12 et 30 ventose an 13, que dans celui d'infraction à celle du 10 brumaire an 5;

» Attendu, sur le sixième, que la décision prise par le ministre de la police, pour faire opérer la remise des sucres dont il s'agit à Duchesne, ayant été par lui révoquée, elle a dû être considérée comme non avenue, et n'a pu arrêter l'action des tribunaux;

» Et sur le septième, que d'après le décret du 30 ventose an 13, pour ôter aux denrées coloniales étrangères la présomption légale de denrées provenant des colonies anglaises, il faut que le certificat qui les accompagne, soit émané du commissaire des relations commerciales de sa majesté au port d'embarquement; que, dans l'espèce, il résulte des pièces de la procédure, et même de l'aveu des réclamans, qu'il y a eu déchargement des sucres saisis et réembarquement à Embden; que le certificat délivré à Hambourg, sans qu'il soit besoin d'en examiner la forme, ne peut s'appliquer à ce nouvel embarquement, dès qu'il n'est pas légalement prouvé que les marchandises réembarquées à Embden, étaient *identiquement* les mêmes que celles qui étaient l'objet du certificat délivré à Hambourg; que le contraire semble même résulter des *considérant* de l'arrêt attaqué; que le certificat est donc sans application nécessaire et conséquemment sans effet; que sous ce dernier rapport, la loi a donc encore été bien appliquée;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi du capitaine Smitt et de Duchesne, contre l'arrêt rendu par la cour de justice criminelle du département du Calvados, le 14 mars 1806...»

§. VIII. 1°. *Une saisie de marchandises prohibées peut-elle être valablement faite en deçà d'un bureau de seconde ligne, mais dans la ville où est placé ce bureau?*

2°. *Cette saisie est-elle valable, lorsque le point de la ville où elle a été faite et dans laquelle existe un bureau de seconde ligne, est à plus de deux myriamètres de la frontière?*

3°. *Peut-on, en faisant cette saisie dans la ville où est placé le bureau de seconde ligne, saisir en même temps les marchandises que les compagnons des contrebandiers arrêtés dans la ville même, avaient déjà transportées dehors?*

4°. *La disposition de l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, qui autorise les préposés des Douanes à suivre hors du rayon des deux lieues limitrophes de la frontière, les marchandises prohibées qu'ils en ont vu sortir, est-elle applicable aux marchandises que les préposés des Douanes voient sortir de l'espace ajouté à ce rayon par la loi du 8 floréal an 11?*

I. Le 9 thermidor an 13, une heure du matin, des gendarmes en patrouille *sur la route de Kirchberg, près le château de Simmern*, voient *venir* quatre inconnus, portant des ballots. — A l'approche des gendarmes, ceux-ci prennent la fuite. — Au même instant, un autre inconnu, à cheval, *descend la grande rue de Simmern, dite rue de Kirchberg*. Les gendarmes veulent l'arrêter; il sante à terre, et abandonne son cheval chargé de deux ballots. — Une partie des gendarmes poursuit les premiers inconnus, qui abandonnent leurs charges. — Les six ballots sont recueillis et visités: on voit qu'ils contiennent des toiles de coton, des mousselinettes et d'autres marchandises réputées anglaises; et on les transporte au bureau des Douanes de Simmern, où ils sont inventoriés.

De tous ces faits, les gendarmes dressent, le même jour, une heure après-midi, un procès-verbal qu'ils affirment le lendemain onze heures du matin.

En vertu de l'assignation donnée à la suite de ce procès-verbal et affichée à la porte du bureau, l'affaire est portée à l'audience correctionnelle du tribunal de première instance de Simmern. — Salomon-Loëb-Jacob s'y présente comme propriétaire des six ballots et du cheval, et les revendique, sur le fondement que la saisie est nulle. — L'administration des Douanes s'oppose à son intervention.

Le 19 du même mois, jugement qui, après avoir reçu Salomon-Loëb-Jacob partie intervenante, et attendu que le procès-verbal du 9 est irrégulier dans la forme, déclare la saisie nulle, en donne main-levée, et condamne l'administration des Douanes aux dépens pour dommages-intérêts.

Sur l'appel, la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle trouve que le procès-verbal de saisie est parfaitement régulier;

Digitized by Google

mais s'arrêtant à l'assertion de Salomon-Loëb-Jacob, que la saisie a été faite hors de la ligne des Douanes, et voulant s'assurer du fait, elle ordonne, le 19 mai 1806, qu'avant faire droit, il sera procédé par experts au toisé de la distance du Rhin au lieu de la saisie.

En exécution de cet arrêt, la distance du Rhin au lieu de la saisie est toisée; et le résultat de cette opération est que de l'un à l'autre point, la distance, à vol d'oiseau, est de 20,280 mètres.

En conséquence, Salomon-Loëb-Jacob conclut à la confirmation du jugement de première instance. — L'administration des Douanes soutient, au contraire, que la saisie ayant été faite, pour une partie des marchandises, dans la ville de Simmern, où il existe un bureau de seconde ligne, cette saisie est, par cela seul, valable pour le tout.

Par arrêt du 16 décembre 1806, la cour de justice criminelle, « sans adopter les motifs du jugement dont est appel, déclare la saisie mal fondée, rejette la requête d'appel et condamne la partie appelante aux dépens ».

Le procureur général de la cour de justice criminelle et l'administration des Douanes se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Dans l'instruction de l'affaire sur laquelle vous avez à prononcer en ce moment (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 29 mai 1807), il n'a pas été nié, il a été au contraire avoué implicitement par Salomon-Loëb-Jacob, que les six ballots saisis le 9 thermidor an 13, à une heure du matin, renfermaient des marchandises dont l'importation en France est prohibée, et qui, par leur qualité, sont présumées venir d'Angleterre.

» D'un autre côté, la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle a reconnu, en improuvant les motifs du jugement du tribunal de Simmern, que le procès-verbal de saisie de ces marchandises était régulier dans la forme.

» L'arrêt qui vous est dénoncé, n'a donc pu annuller, et dans le fait il n'a annullé, la saisie de ces marchandises, qu'à raison du lieu où elle avait été pratiquée; il ne l'a annullée, qu'en jugeant qu'elle avait été faite dans un lieu où elle n'était plus praticable, qu'en jugeant qu'elle avait été faite hors de la ligne des Douanes.

» Nous n'avons donc ici qu'une seule question à examiner : en jugeant que la saisie avait été faite hors de la ligne des Douanes, la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle a-t-elle violé quelque loi ?

» La négative serait incontestable, si la ligne des Douanes était encore déterminée comme elle devait l'être d'après la loi du 22 août 1791. — Suivant cette loi, la ligne des Douanes était limitée aux deux lieues limitrophes de l'étranger ou des côtes; et elle devait être designée par des poteaux plantés à la distance de deux cents toises les uns des autres. (tit. 13, art. 43).

» Mais cette dernière disposition de la loi du 22 août 1791 n'a jamais été exécutée; et la loi du 28 pluviose an 3 en a autorisé la non-exécution, « sauf à la partie qui prétendrait qu'une saisie a été faite hors du territoire des deux lieues limitrophes de l'étranger, à demander, comme avant ladite loi, le toisé aux frais de qui il appartiendra ».

» L'arrêté du directoire exécutif, du 17 thermidor an 4, va plus loin : — « Considérant que dans plusieurs départemens, les localités se sont opposées à ce que la première et deuxième ligne de bureaux et postes de service des Douanes fussent formées de manière que la deuxième ligne ne se trouvât qu'à deux lieues de l'étranger; qu'il n'est pas moins indispensable que ces deux lignes et le territoire qu'elles enveloppent, servent de barrière, relativement aux importations et exportations pour le maintien de la police qui est établie; qu'il est instant de faire cesser les abus résultans du libre passage sur ce territoire, et de prendre des mesures pour comprimer les manœuvres des contrebandiers qui s'affranchissent des formalités prescrites, sous le prétexte que les transports se font à plus de deux lieues de l'étranger »; il ordonne que les dispositions de la loi du 22 août 1791, prohibitives de toute circulation de marchandises dans les deux lieues limitrophes de l'étranger, « seront exécutées à l'égard de toutes denrées et marchandises transportées sur le territoire situé entre les deux lignes de bureaux et postes du service des Douanes, qui, par des difficultés de localités, sont à plus de deux lieues de l'extrême frontière ».

» Et c'est sur ce fondement que par arrêt du 28 pluviose an 12, rendu au rapport de M. Liger, sections réunies, la cour a jugé, en cassant un arrêt de la cour de justice criminelle du département de Jemmappe, qu'une saisie du 4 prairial an 8, « ayant été faite sur le territoire entre les deux lignes de bureaux et postes de service des Douanes, elle était régulière; que la distance de l'une à l'autre ligne, même excédant celle d'un myriamètre, n'est point un obstacle à la validité de la saisie, ainsi qu'il est prescrit par l'arrêté du 17 thermidor an 4 ». (*V. mon Recueil de Questions de droit*, tome 6, page 32.)

» L'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11 va plus loin encore. « Les lois et règlemens (*ce sont ses termes*) sur le transport et la circulation des denrées et marchandises dans l'étendue d'un myriamètre (deux lieues anciennes) des frontières de terre, seront exécutées dans les deux myriamètres (quatre lieues anciennes) desdites frontières ».

» Ainsi, nul doute qu'aujourd'hui il ne puisse être placé des bureaux de Douanes de seconde ligne, même en-deçà des deux myriamètres de la frontière; nul doute, par conséquent, que toute saisie qui est pratiquée dans l'espace intermédiaire d'un bureau de première à un bureau de seconde ligne, ne soit valable, quoique d'ailleurs il y ait, de la frontière au bureau de seconde ligne, une distance de plus de deux myriamètres.

» Il n'importe donc que, dans notre espèce, il soit reconnu que la saisie a été pratiquée à 20,280 mètres de la rive gauche du Rhin.

Digitized by Google

» Si le point où la saisie a été pratiquée, peut et doit être considéré comme faisant partie de l'espace intermédiaire d'un bureau de première à un bureau de seconde ligne, il est clair que la saisie n'en est pas moins valable, que si elle eût été pratiquée à 280 mètres plus près du Rhin; il est clair que, dans cette hypothèse, déclarer cette saisie nulle à raison du lieu où elle a été pratiquée, c'est violer la loi du 8 floréal an 11.

» Or, d'une part, il est constant qu'un bureau de Douanes de seconde ligne est placé dans la ville de Simmern. Si donc la saisie a été faite dans la ville de Simmern, elle est nécessairement censée l'avoir été dans les deux myriamètres limitrophes. Car on n'a jamais douté qu'une commune où il existe un bureau de seconde ligne, ne soit, jusqu'à son extrémité vers l'intérieur, soumise à la police des Douanes, quelle que soit d'ailleurs dans cette commune la position du bureau; et si cela n'est pas écrit littéralement dans l'arrêté du 17 thermidor an 4, tel est du moins l'esprit, tel est le vœu manifeste de ce règlement. Il est évident, en effet, que la police qu'on serait autorisé à exercer dans une partie de la ville, deviendrait le plus souvent illusoire si, d'une maison à une autre elle devait cesser. — Prenons pour exemple les entrepôts. La ville de Simmern, par sa population au-dessous de deux mille habitans, est, à cet égard, soumise aux dispositions de l'art. 37 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791; et certainement ces dispositions seraient sans effet dans cette ville, si la maison voisine de celle où une saisie pourrait être faite pour cause d'entrepôt, pouvait offrir un asile aux marchandises frauduleusement importées et entreposées. — Ce que nous disons des entrepôts, on peut le dire également de tous les autres objets de la police des Douanes. Dans tous, l'inconvénient serait le même. — Ne serait-il pas d'ailleurs absurde que l'état d'une partie d'une commune, relativement à la police des Douanes, dût changer avec le bureau, qui, tantôt serait fixé dans cette partie, tantôt serait transporté dans l'autre, suivant que le buraliste trouverait plus commode de se loger dans celle-ci ou dans celle-là? — Enfin, ce qui tranche toute difficulté, c'est que l'acte du gouvernement qui place un bureau de Douane dans une commune, ne l'attache pas précisément à telle maison, tel quartier de cette commune; et qu'en laissant au buraliste la liberté de prendre son habitation dans le quartier et dans la maison qui est le plus à sa convenance, il suppose essentiellement qu'en quelque partie de la commune qu'il établisse son bureau, la condition de la commune entière sera toujours la même par rapport à la police douanière.

» Il ne nous reste donc plus qu'à savoir si la saisie dont il est ici question, a été pratiquée, soit dans la ville même de Simmern, soit dans un point qui soit au moins parallèle à l'alignement de cette ville; et cette question, c'est le procès-verbal qui doit la décider.

» D'abord, quant aux deux ballots dont était chargé le cheval de l'un des contrebandiers, il constate que la saisie en a été faite dans la ville même de Simmern. *Un autre homme également à nous inconnu* (porte-t-il), *descendit à cheval la grande rue dite de Kirchberg. Nous l'arrêtâmes en lui déclarant nos noms et qualités.* Et non seulement il n'a pas été désavoué, soit devant le tribunal de première instance, soit devant la cour d'appel, que *la grande rue dite de Kirchberg*, fait partie de la ville de Simmern; mais cela est encore démontré par deux plans géométriques qui sont sous vos yeux.

» A l'égard des quatre autres ballots, le procès-verbal énonce en toutes lettres qu'ils ont été saisis *sur la route de Kirchberg près le château de Simmern;* et les deux plans dont nous venons de parler, font voir que le château de Simmern fait partie de la ville du même nom; qu'il y communique par un pont figuré dans chacun de ces plans; qu'il sert même actuellement de palais de justice; et par conséquent, que c'est là qu'a été rendu le jugement confirmé par l'arrêt dont on vous demande aujourd'hui la cassation.

» On dira sans doute que ces mots, *près le château de Simmern*, ne désignent pas précisément un point parallèle à l'extrémité de ce château vers l'intérieur, et qu'il est possible que la saisie des quatre ballots ait été faite un peu en-deçà de cette extrémité.

» Mais du moins on ne niera pas que les porteurs des quatre ballots ne formassent, avec le contrebandier qui les suivait à cheval, une seule et même compagnie; on ne niera pas que les quatre ballots dont étaient chargés ces porteurs et les deux ballots qui étaient sur le cheval, ne formassent une seule et même masse de marchandises. Et s'il y avait là-dessus la plus légère incertitude, elle serait bientôt levée par le fait que Loëb-Jacob n'a pas séparé, dans sa réclamation, les ballots saisis *sur la route de Kirchberg, près le château de Simmern*, des ballots saisis dans *la grande rue dite rue de Kirchberg.* — Or, comment pourrait-on, en considérant comme valable la saisie faite dans l'intérieur de la ville, ne pas considérer aussi comme telle la saisie faite au dehors? — Lorsque les préposés des Douanes ont vu sortir du rayon prohibé une file de contrebandiers, ils peuvent, en la suivant sans interruption, et quoiqu'ils n'en aient d'abord aperçu que la queue, saisir, non seulement les marchandises portées par les contrebandiers qu'ils ont vus, mais encore les marchandises portées par les contrebandiers qui précédaient immédiatement ceux-ci, et que ceux-ci les empêchaient de voir: cela résulte clairement de l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791. — Et à combien plus forte raison n'en doit-il pas être de même dans le cas où les préposés des Douanes ont, non pas simplement aperçu, mais saisi, dans le rayon prohibé, la contrebande qui formait la queue de la file déjà parvenue hors de ce rayon?

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a

Digitized by Google

lieu de casser et annuller l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle du 16 décembre 1806 ».

Arrêt du 29 mai 1807, au rapport de M. Seignette, par lequel, — « Vu l'arrêté du directoire exécutif du 17 thermidor an 4, portant : *Les dispositions des art.* 15 *et* 16 *du tit.* 3 *du règlement général sur les Douanes, du mois d'août* 1791, *et celles des art.* 6, 7 *et* 8 *de la loi du* 12 *pluviose an* 3, *seront exécutées à l'égard de toutes denrées et marchandises transportées sur le territoire situé entre les deux lignes de bureaux et postes de service des Douanes, qui, par des difficultés de localité, sont à plus de deux lieues de l'extrême frontière* (ce territoire est aujourd'hui de quatre lieues ou deux myriamètres, d'après l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11); — Et attendu qu'il y a un bureau de seconde ligne dans la ville de Simmern; que par conséquent cette ville, dans toute son étendue, quelle que soit sa distance de l'extrême frontière, fait partie de la ligne qui circonscrit le territoire prohibé; que la grande rue de cette ville, dite *rue de Kirchberg*, fait partie de la ville; que le château en fait également partie; — Que le procès-verbal constate que la saisie de deux ballots, faite sur un cheval, l'a été dans la *grande rue* dite *de Kirchberg*, par conséquent dans la ville de Simmern; que les quatre ballots abandonnés à la vue des gendarmes, par les portefaix, près le château de Simmern, venaient de la ville; que les gendarmes ont vu ceux qui les portaient, se dirigeant de la ville vers l'intérieur; que les ballots abandonnés composaient, avec ceux qui ont été saisis sur un cheval dans la ville, une seule et même partie de marchandises, ce qui results particulièrement de la réclamation que Loëb-Jacob a faite de la totalité; — D'où il suit que la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle, en ordonnant le toisé par son arrêt du 19 mai 1806, pour connaître si la saisie avait été faite dans le rayon prohibé, a méconnu le principe établi par l'arrêté du directoire exécutif du 17 thermidor an 4; et, en ne prononçant pas les peines portées par la loi du 10 brumaire an 5, a contrevenu à cette même loi; — La cour faisant droit sur le pourvoi du procureur général impérial en la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle, et sur le pourvoi de l'administration des Douanes, casse l'arrêt de la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle, du 16 décembre 1806, entre l'administration des Douanes et Loëb-Jacob; renvoie les parties et les pièces du procès devant la cour de justice criminelle de la Sarre..... ».

II. Le 17 thermidor an 13, deux préposés des Douanes étant en observation à quatre cents pas de la ville de Simmern, vers l'intérieur, voient sortir de cette ville deux hommes chargés chacun d'un sac. Ils les joignent, demandent leurs noms et les sommont de représenter leurs passavans. Ces deux particuliers déclarent se nommer, l'un Abraham Moise, l'autre Simon Gerson, tous deux domiciliés à Kirchberg; et ils exhibent un passavant qu'ils disent leur avoir été délivré le même jour au bureau de Simmern, pour le transport des marchandises dont ils sont porteurs. — Les préposés vérifient les sacs, et y trouvent, outre les objets énoncés dans le passavant, des marchandises réputées anglaises par la loi du 10 brumaire an 5. En conséquence, ils saisissent les deux sacs et en dressent un procès-verbal dont ils délivrent *une* copie aux deux prévenus, avec assignation à l'audience correctionnelle du tribunal de Simmern.

Le 22 thermidor an 13, jugement qui déclare la saisie nulle, 1°. parcequ'elle a été faite hors la ligne des Douanes; 2°. parcequ'il n'a été délivré qu'une seule copie du procès-verbal aux deux prévenus. — Appel.

Par arrêt du 19 mai 1806, la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle ordonne, avant faire droit, que la distance du Rhin au point où s'est faite la saisie, sera toisée par des experts. — Cet arrêt est exécuté; et les experts constatent que cette distance est de 20,300 mètres.

En conséquence, et sans avoir égard au moyen tiré par l'administration des Douanes de la circonstance que les marchandises ont été vues par les préposés des Douanes avant qu'elles fussent sorties du rayon prohibé, arrêt intervient le 16 décembre suivant, par lequel « la cour, sans adopter les motifs du jugement dont est appel, déclare la saisie mal fondée, rejette la requête d'appel..... »

Recours en cassation contre cet arrêt, tant de la part du ministère public, que de celle de l'administration des Douanes.

« Il est assez difficile (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 29 mai 1807) de deviner le motif qui a pu déterminer la cour de justice criminelle de Coblentz à s'écarter aussi ouvertement qu'elle l'a fait, de l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 juillet 1791.

» Cette cour s'y est-elle déterminée par la considération que la ville de Simmern est à plus de deux myriamètres de la rive gauche du Rhin? Mais il existe dans cette ville un bureau des Douanes; et dès-là, aux termes de l'arrêté du directoire exécutif du 17 thermidor an 4, cette ville est, dans toute son enceinte, réputée comprise dans les deux myriamètres; dès-là, par conséquent, avoir vu sortir des marchandises de cette ville, c'est la même chose que les avoir vu sortir des deux myriamètres de la frontière; dès-là, par une conséquence ultérieure, les préposés des Douanes ont pu saisir dans l'intérieur les marchandises qu'ils avaient vu sortir de la ville de Simmern, et qu'ils avaient suivies sans interruption.

» Cette cour a-t elle pensé que la disposition de l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791 doit être restreinte aux marchandises que les préposés des Douanes ont vu sortir du rayon fixé par cette loi, et qu'elle n'est pas applicable aux marchandises que les préposés des Douanes ont vu sortir de l'espace ajouté à ce rayon par l'art. 82 de la loi du 8 floréal an 11? Mais cet article dit précisement tout le contraire; en ordonnant que « les lois et régle-

Digitized by Google

mens sur le transport et la circulation des denrées et marchandises dans l'étendue d'un myriamètre des frontières de terre, seront exécutés dans les deux myriamètres desdites frontières », il déclare évidemment l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791 commun au nouveau rayon dont il s'agit.

» Il n'y a donc aucun moyen de justifier l'arrêt de la cour de justice criminelle de Coblentz; nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de le casser et annuller ».

Arrêt du 29 mai 1807, au rapport de M. Seignette, par lequel, — « Vu l'arrêté du directoire exécutif du 17 thermidor an 4, portant: *Les dispositions des art.* 15 *et* 16 *du tit.* 3 *du règlement général sur les Douanes, du mois d'août* 1791, *et celles des art.* 6, 7, *et* 8 *de la loi du* 12 *pluviose an* 3, *seront exécutées à l'égard de toutes les denrées et marchandises transportées sur le territoire situé entre les deux lignes de bureaux et postes de service des Douanes qui, par des difficultés de localité, sont à plus de deux lieues de l'extrême frontière* (territoire qui est aujourd'hui de quatre lieues on deux myriamètres, d'après l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11); et attendu qu'il y a un bureau de seconde ligne dans la ville de Simmern; que par conséquent cette ville, dans toute son étendue, quelle que soit sa distance de l'extrême frontière, fait partie de la ligne qui circonscrit le territoire prohibé; qu'il est constaté par le procès-verbal, que les préposés de la Douane ont vu sortir de la ville de Simmern les deux hommes porteurs des marchandises réputées anglaises non comprises au passavant, et qui font l'objet de la saisie; qu'ainsi, d'après l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, cette saisie a pu être opérée en-deçà de la ligne de demarcation; d'où il suit que la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle, en ordonnant le toisé pour connaître si la saisie a été faite dans le rayon prohibé, a méconnu les principes et la règle établis par l'arrêté du 17 thermidor an 4, et par l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791; et qu'en ne prononçant pas les peines portées par la loi du 10 brumaire an 5, elle a contrevenu à cette même loi; la cour, faisant droit sur le pourvoi du procureur général impérial en la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle et de la régie des Douanes, casse l'arrêt de la cour de justice criminelle de Rhin-et-Moselle..... »

§. IX. *Du seul fait qu'une commune est placée entre deux lignes de bureaux, résulte-t-il une preuve suffisante qu'elle est soumise à la police des Douanes?*

Le 9 avril 1806, procès-verbal par lequel deux douaniers de Mulhausen déclarent que le matin, au point du jour, ils ont trouvé, près du cimetière, des traces de pas d'hommes qui leur ont fait connaître que des marchandises échappées à la vigilance des préposés, avaient été introduites dans la ville pendant la nuit: qu'ils ont requis l'assistance du commissaire de police, et qu'avec lui ils se sont transportés chez Benner Wolf, commissionnaire; que là ils ont reconnu, dans son jardin, qui communique directement avec la cour, des traces de souliers armés de clous; que dans un magasin, où ils sont entrés avec Benner Wolf, ils ont trouvé seize ballotins couverts de toile cirée, deux paquets de mouchoirs d'indienne déballés, dix-huit petites toiles d'emballage encore pleines de paille, et un tas de quantité d'autres toiles du même genre; qu'ils ont interpellé Benner Wolf de leur représenter les certificats d'origine dont ces marchandises devaient être accompagnées; qu'il est convenu n'en point avoir; qu'en conséquence, ils lui ont déclare saisir le tout, en vertu des art. 1, 5 et 13 de la loi du 10 brumaire an 5; que le recevenr du bureau des Douanes a été appelé; qu'en sa présence les ballots ont été ouverts et reconnus contenir des mousselines, des toiles de coton blanc, des indiennes, etc.; qu'ils ont trouvé dans le colombier un autre paquet qu'ils ont également saisi; que dans une chambre, ils ont trouvé des indiennes dont Benner Wolf a produit le certificat d'origine, et un paquet de mousseline en tas et défait, qu'ils ont saisi faute de certificat; que dans une autre chambre, ils ont trouvé un homme occupé à défaire un grand nombre de paquets et en couper les ficelles; qu'à défaut de certificat, ils les ont également saisis, et qu'ils ont transporté le tout au bureau.

En vertu de ce procès-verbal, Benner Wolf est cité devant le tribunal correctionnel d'Altkirch, où il intervient, le 16 mai, un jugement par lequel, — « Considérant qu'il est constaté par un rapport légal, qu'une bande de colporteurs était parvenue, dans la nuit du 8 au 9 du mois d'avril dernier, à entrer à Mulhausen; que la piste reconnue dès la pointe du jour, dirigea les préposés sur la maison du sieur Benner Wolf, prévenu; que les traces se continuaient, dans son jardin, depuis la porte qui aboutit à la grande rue jusqu'à sa cour; que les préposés ont trouvé, par suite d'une visite légalement faite dans la maison du prévenu, seize ballots de colporteurs, un dix-septième qu'on avait soustrait et jeté précipitamment dans le colombier, vingt-un autres ballots dans la maison, au second étage, où ils ont surpris un ouvrier occupé à couper les ficelles des ballots, et à les dépouiller de leurs enveloppes; que par-tout ils ont trouvé des traces d'introduction, empressement de déballer des ballots colportés, et existant à côté de ces ballots, des premières toiles d'emballage et de la paille qui avait garanti le transport, les toiles cirees qui enveloppaient les marchandises mouillées et moisies; qu'enfin tout concourt, avec le défaut de justification d'extraction, à prouver, non pas l'entrepôt ou le fait légal d'un commissionnaire qui reçoit et expédie des marchandises permises, mais une importation immédiate et un dépôt ou recélement frauduleux; — Que de telles circonstances et de tels caractères répondent à l'objection que les ballots n'ont pas été vus entrant au lieu du dépôt; que la loi du 10 brumaire an 5, frappant sur les marchan-

Digitized by Google

dises réputées provenir de fabrique anglaise, quelle qu'en soit l'origine, comme sur celles véritablement anglaises, comprennent dans la nomenclature des marchandises réputées anglaises, *toutes étoffes de coton;* et les marchandises saisies étant de cette espece, il y a lieu à l'application des peines édictées par l'art. 15 de ladite loi; — Le tribunal déclare le prévenu coupable de contravention aux art. 1, 5 et 13 de la loi du 10 brumaire an 5, par les quarante-un ballots de mousseline, perkale et mouchoirs d'indienne, trouvés par les préposés des Douanes, par suite d'une introduction en fraude et immédiate dans sa maison, magasin et colombier audit Mulhausen, ainsi qu'il est justifié par le rapport de saisie du 9 avril dernier; en conséquence déclare la saisie desdits quarante-un ballots de marchandises bonne et valable, en prononce la confiscation; condamne en outre ledit coupable en l'amende triple de la valeur desdites marchandises, en cinq jours de prison et aux dépens.....»

Benner Wolff appelle de ce jugement, et soutient que la saisie est nulle, parcequ'elle a été faite hors du rayon des Douanes.

Par arrêt du 13 décembre 1806, la cour de justice criminelle du département du Haut-Rhin le charge de prouver que sa maison et son magasin sont situés hors de ce rayon.

Le 20 du même mois, le procureur général de cette cour écrit au receveur des Douanes de Mulhausen: «C'est à vous à qui il appartient plus particulièrement de décider cette question (celle de savoir si la maison et le magasin de Benner Wolf sont situés dans le rayon des Douanes); et, quoique partie intéressée, votre probité reconnue est un sûr garant de la véracité que vous apporterez dans le certificat qui vous sera demandé en vertu dudit arrêt, et que je ne pense pas que vous puissiez refuser».

Le 22, le receveur répond: «Il m'est impossible de donner le certificat que vous demandez. J'ai fait publier, il y a passé vingt mois, par ordre de mes supérieurs, que les deux portes de Mulhausen contre l'intérieur n'étaient pas libres, et que toutes les marchandises sortant de Mulhausen sans passavant, seraient saisies, puisque cette ville est absolument dans la ligne, et n'est qu'à 15 kilomètres du Rhin; en donnant une pièce semblable, je perdrais la confiance de mon administration, et risquerais même de perdre honteusement ma place».

Le 24, l'affaire est reportée à l'audience; et, par arrêt du même jour, «attendu que l'appelant paraît avoir fait ce qui dépendait de lui pour satisfaire à l'arrêt préparatoire du 13 du courant; que, d'après les renseignemens recueillis à l'audience, la preuve légale du fait sur lequel la cour a désiré s'éclairer, ne peut être administrée que par les intimés, d'autant que la démarcation du rayon des Douanes est un acte d'administration; que chaque employé ne peut méconnaître la ligne, et que l'intérêt de l'une ou de l'autre partie ne peut être un motif légal à en supprimer la connaissance....; la cour continue l'audience au 2 janvier...., pendant lequel temps, les intimés rapporteront la preuve légale que la maison et les magasins de l'appelant..... sont compris dans le rayon des Douanes....»

En exécution de cet arrêt, le receveur fait signifier à Benner Wolf une déclaration portant «que la preuve légale que la maison et le magasin de Benner Wolf sont situés dans le rayon des Douanes, existe dans le fait même de l'établissement d'un bureau à Mulhausen, et de brigades au-delà de cette ville, c'est-à-dire, entre cette ville et l'extrême rayon du côté de l'intérieur à Dudenheim, Zillisheim, etc., etc.; que Mulhausen n'est au plus qu'à 15 kilomètres du Rhin; que les postes désignés sont à cinq kilomètres dans l'intérieur, etc.»

Le 2 janvier 1807, arrêt définitif ainsi conçu:

«Vu l'article 1er. de la loi du 10 brumaire an 5, l'art. 5 de la même loi, l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, et l'art. 36 du même titre;

»Considérant que le point de la contestation présente les questions suivantes: — 1°. La saisie est-elle faite sur des marchandises manufacturées, provenant, soit des fabriques, soit du commerce anglais, ou réputées provenir de ces mêmes fabriques? — 2°. A-t-elle eu lieu, dans le rayon de prohibition, sur des marchandises importées en fraude? — 3°. A-t-elle été faite, hors de ce rayon, par poursuite de la fraude, au désir de l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791?

»Considérant, sur la première question, que ni le procès-verbal de saisie, ni la cédule contenant la plainte ou demande des intimés, ni enfin les mémoires par eux présentés à la cour, ne qualifient les objets saisis de marchandises anglaises ou réputées telles; qu'ils ne le sont, dans ces différens actes, que de marchandises trouvées au domicile de l'appelant, *par suite d'une introduction frauduleuse et immédiate;* qu'il suffit, au surplus, de comparer la nomenclature faite de ces objets dans le procès-verbal de saisie, avec la désignation de ceux compris dans l'art. 5 de la loi du 10 brumaire an 5, pour se convaincre que les premiers ne sont nullement de la classe de ceux dont l'importation est prohibée par ledit article; que c'est par une erreur bien évidente que le tribunal de première instance a, dans les motifs de son jugement, avancé que les marchandises saisies étaient des étoffes de coton, conséquemment réputées anglaises, et comprises dans la prohibition portée audit art. 5, attendu qu'il résulterait de ce raisonnement, que toute mousseline ou toile de coton ne pourrait être importée en France, tandis que leur introduction est licite et simplement assujettie au paiement des droits et à l'exhibition d'un certificat d'origine; qu'ainsi la saisie dont s'agit ne peut être envisagée comme faite en exécution des art. 1 et 5 de la loi du 10 brumaire an 5;

»Considérant, sur la deuxième question, *si la saisie a eu lieu dans le rayon de prohibition,* que le silence du procès-verbal et des intimés sur cette circonstance, et l'assertion des saisissans d'avoir fait

Digitized by Google

la saisie par suite, a dû faire supposer le contraire; que, néanmoins et pour ne laisser aucun doute, la cour a chargé l'appelant, par son arrêt préparatoire du 13 décembre, de justifier, par un certificat légal, que sa maison et son magasin, lieu de la saisie, étaient, suivant son allégué, placés hors dudit rayon; — Qu'à l'audience du 24 du même mois, il a été reconnu en fait que l'appelant, en s'adressant lui-même au receveur des Douanes de Mulhausen, avait fait toutes les démarches nécessaires, mais infructueusement, pour se procurer un certificat justificatif de la direction de la ligne; que, sur ses démarches, et encore en conséquence de la lettre adressée d'office audit receveur par le procureur général impérial, le receveur s'est borné à lui répondre que, par ordre de ses supérieurs, il avait fait publier, il y a passé vingt mois, *que les portes de Mulhausen contre l'intérieur n'étaient plus libres; et que toute marchandise sortant de cette ville, sans passavant, serait saisie, puisque Mulhausen était absolument dans la ligne*.....; d'où il résulte que les portes de Mulhausen, donnant contre l'intérieur, ont été libres et hors du rayon, dès l'époque de la loi du 8 floréal an 11, qui a étendu le rayon de prohibition à deux myriamètres, jusqu'à il y a environ vingt-six mois; et que si, à cette dernière époque, on a changé la direction de la ligne, et que, par l'effet de ce changement, la maison et le magasin de l'appelant sont entrés dans le rayon, il y a eu nécessairement une opération d'administration que ledit receveur doit connaître, et que les intimés ne peuvent refuser de produire; — Qu'en conséquence, la cour ayant jugé que l'allégué dudit receveur n'était pas suffisant, et qu'il était nécessaire de mettre sous ses yeux les ordres par lui cités dans sa lettre et dont il devait être dépositaire, a ordonné par un second préparatoire, du 24 du même mois, que la preuve du fait avancé par ledit receveur, serait administrée par les intimés; — Qu'au lieu de satisfaire à cette décision, et à une obligation si facile à remplir, si leur allégué était conforme à la vérité, les intimés se sont bornés à déclarer, par acte signifié le 30 dudit mois, que la preuve exigée par la cour, existait dans le fait même de l'établissement d'un bureau à Mulhausen, et de la situation de cette ville dans les deux myriamètres de la frontière.....; — Que l'on ne peut remarquer dans cette façon d'agir de la part des agens des intimés, *qu'une mauvaise foi palpable*, et l'impuissance de prouver le fait par eux avancé, et qui seul pouvait détruire l'effet des présomptions militant en faveur de l'appelant et résultant, 1°. du silence du procès-verbal de saisie sur la circonstance du rayon de prohibition; 2°. de la déclaration y faite que la saisie avait lieu par poursuite; et 3°. de la liberté avouée des portes de Mulhausen vers l'intérieur, jusqu'à il y a environ vingt mois; — Qu'à supposer même que la ville commerçante de Mulhausen soit, en tout ou en partie seulement, à moins de deux myriamètres de la frontière, il n'en résulterait pas qu'elle fût nécessairement comprise dans le rayon de prohibition: la ville de Colmar qui, entièrement libre, est loin d'une pareille distance de la frontière, fournissant l'exemple du contraire; ce qui prouve que ces deux communes ont pu, par des circonstances particulières et pour la faveur du commerce, en obtenir un exercice libre et non assujetti à l'action des Douanes; — Que si, à ces considérations déjà suffisantes pour enlever toute confiance à l'allégué du receveur, on ajoute la preuve qui résulte de l'attestation délivrée à l'appelant par le tribunal de commerce de Mulhausen, il ne peut rester de doute *sur la mauvaise foi qui a dicté la réponse de ce préposé*, non plus que sur l'entière liberté du commerce dans cette ville, qui, par cela seul, se trouve hors du rayon soumis à la police des Douanes;

» Considérant, sur la troisième question, *si la saisie a eu lieu par suite*, (question qui, dans le fait, a été la seule agitée en première instance), que les préposés saisissans déclarent dans leur procès-verbal du 9 avril, avoir trouvé, près du cimetière, des pistes et traces d'hommes, qui leur ont fait connaître que des marchandises échappées à la vigilance des préposés avaient été introduites dans la ville de Mulhausen; qu'en conséquence ils se sont rendus au domicile de l'appelant..... — Qu'à la simple lecture de cet énoncé et des articles de loi ci-dessus transcrits, l'on remarque la différence qui règne entre un allégué aussi vague et aussi insignifiant, et les conditions expresses qu'impose la loi à une saisie, hors du rayon, d'objets non prohibés à l'entrée; que l'art. 35 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791 porte que les préposés pourront, en cas de poursuite de la fraude, la saisir en-deçà de la ligne, pourvu qu'ils l'aient vue pénétrer et suivie sans interruption.....; que l'article suivant les autorise, *dans le même cas*, à faire des recherches dans les maisons, pour y saisir les marchandises de contrebande et autres, mais seulement dans le cas où, n'ayant pas perdu de vue lesdites marchandises, ils seraient arrivés au moment où on les aura introduites dans lesdites maisons; — qu'ainsi il ne suffit pas de dire que l'on a reconnu des empreintes de pas d'hommes, que ces empreintes conduisaient vers une maison, et qu'elles étaient des traces des contrebandiers, pour avoir rempli le vœu de la loi; qu'il faut avoir vu pénétrer la frande hors du rayon, et ne l'avoir pas perdue de vue, pour pouvoir la saisir dans la campagne; qu'il faut les mêmes conditions et l'avoir de plus vue pénétrer dans une maison, pour avoir le droit d'y entrer et y faire perquisition: circonstances dont aucune ne se rencontre dans l'espèce; — qu'en vain les saisissans rapportent, dans leur procès-verbal, d'autres circonstances qui peuvent, à la vérité, faire naître des soupçons que les objets saisis ont été importés en fraude des droits, attendu que le soupçon ne peut, en aucun cas, être substitué à la preuve légale, et que, de même que la loi défend d'excuser un frandeur sur l'intention, de même aussi les soupçons ou les probabilités de fraude ne peuvent lui être opposés au défaut de

Digitized by Google

la preuve exigée par la loi; — qu'il résulte donc de ces considérations qu'il n'y avait pas lieu à saisie, en execution de la loi du 10 brumaire an 5; et que celle dont il s'agit a été faite sans objet, ne l'ayant été ni dans le rayon de prohibition, ni par suite, conformement aux art. 35 et 36 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791; et qu'ainsi c'est avec fondement que l'appelant s'est pourvu contre le jugement du 16 mai dernier;

» La cour déclare les intimés déchus du bénéfice de l'arrêt préparatoire du 24 décembre dernier, et donne acte à l'appelant de ce qu'il a satisfait, en tant que de besoin, à celui du 13 du même mois; ce faisant et statuant sur l'appel, dit qu'il a été mal jugé, bien appelé; emandant, declare le procès-verbal de saisie du 9 avril précédent nul et sans effet; en consequence, donne à l'appelant pleine et entière main-levée des objets saisis, et condamne les intimés aux dépens, tant de cause principale que d'appel ».

La régie des Douanes se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« La question que vous avez à examiner dans cette affaire (ni-je dit à l'audience de la section criminelle, le 11 septembre 1807) n'est pas de savoir si les marchandises saisies le 9 avril 1806, dans la maison du défendeur, doivent être réputées anglaises, dans la supposition que la maison du défendeur soit située dans le rayon des Douanes. L'arrêt de la cour de justice criminelle du département du Haut-Rhin n'a pas jugé qu'elles ne dussent pas être réputées telles, à défaut de certificat d'origine; et il n'eût pas pu le juger sans contrevenir formellement aux art. 13 et 15 de la loi du 10 brumaire an 5.

» Vous n'avez pas non plus à examiner si, dans la même supposition que la maison du défendeur soit située dans le rayon des Douanes, les douaniers ont pu s'introduire de jour dans cette maison avec un officier municipal; l'arrêt attaqué n'a nullement jugé que, dans cette supposition, ils n'auraient pas eu ce pouvoir; et il n'eût pas pu le juger sans contrevenir formellement à l'art. 9 de la loi du 10 brumaire an 5, qui, dérogeant, pour les marchandises réputées anglaises, aux art. 36, 37, 38 et 39 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, permet aux preposés des Douanes d'en faire la recherche dans l'intérieur des maisons, même lorsque la commune où elles sont entreposées, contient plus de deux mille habitans.

» Enfin, il ne peut pas non plus y avoir de question sur le point de savoir si, en supposant la maison du défendeur placée hors du rayon des Douanes, les préposés ont pu s'y introduire par droit de suite: car le procès-verbal même des préposes constate qu'ils n'avaient pas vu transporter dans la maison du défendeur les marchandises dont il s'agit; et, sous ce rapport, l'arrêt de la cour de justice criminelle du Haut-Rhin nous paraît inattaquable.

» Il n'y a donc, il ne peut donc y avoir ici qu'une seule question: la maison du défendeur est-elle située dans le rayon des Douanes? Si elle est située dans le rayon des Douanes, nul doute que la saisie annullée par la cour de justice criminelle du Haut-Rhin, n'ait été pratiquée légalement. Si elle est située hors du rayon des Douanes, nul doute que cette saisie n'ait été justement annullée.

» La maison du défendeur est située dans l'intérieur de la ville de Mulhausen. Si donc la ville de Mulhausen est dans le rayon des Douanes, la maison du défendeur y est necessairement aussi.

» Or, d'une part, la ville de Mulhausen n'est éloignée du Rhin, c'est-à-dire de l'extrême frontière de terre, que d'environ un myriamètre et demi (trois lieues anciennes); de l'autre, l'art. 84 de la loi du 8 floreal an 11 étend le rayon des Douanes à deux myriamètres (quatre lieues anciennes) des frontières de terre. La ville de Mulhausen est donc nécessairement comprise dans ce rayon.

» Elle y est encore comprise par une autre raison, et elle aurait dû être jugée telle même avant la loi du 8 floreal an 11. — L'arrêté du directoire exécutif du 17 thermidor an 4 a mis en principe, et la cour a jugé par une foule d'arrêts, notamment par ceux qu'elle a rendus, sections réunies, le 18 thermidor an 11 et le 28 pluviose an 12, au rapport de MM. Sieyes et Liger, et sur nos conclusions, que tout territoire enveloppé par les lignes de deux bureaux, l'un d'entrée, l'autre de sortie, est par cela seul soumis à la police des Douanes, quoique d'ailleurs il soit éloigné de plus de deux lieues de la frontière. — Or, par l'arrêt attaqué, la cour de justice criminelle du Haut-Rhin ne disconvient pas, il est d'ailleurs très constant, et qu'il existe à Mulhausen un bureau de Douanes, et qu'il en existe encore deux au-dela de cette ville, vers l'intérieur.

» Ainsi, dans le droit, la ville de Mulhausen a dû être comprise dans le rayon des Douanes, parce qu'elle n'est pas à plus de deux myriamètres de la frontière; et, dans le fait, elle y a été réellement comprise, puisqu'elle est placée entre les lignes de deux bureaux.

» Comment expliquer, d'après cela, et l'arrêt interlocutoire de la cour de justice criminelle du Haut-Rhin du 24 decembre 1806, et l'arrêt définitif de la même cour du 2 janvier 1807?

» L'arrêt interlocutoire du 24 décembre 1806 charge la régie de prouver que la ville de Mulhausen est dans le rayon des Douanes, tandis que, d'après la loi du 28 pluviose an 3, c'etait le défendeur qui devait être chargé de la preuve que ce rayon ne s'étend pas jusqu'à la ville de Mulhausen; tandis que, par un précédent arrêt du 13 du même mois, la cour de justice criminelle avait expressément décidé que cette preuve etait à la charge du défendeur; tandis sur-tout que l'existence notoire des bureaux établis au-delà de la ville de Mulhausen, vers l'intérieur, rendait sur ce point toute espèce de preuve inutile et surabondante.

» L'arrêt definitif du 2 janvier 1807 juge que la ville de Mulhausen n'est pas dans le rayon des

Digitized by Google

Douanes, tandis qu'il reconnaît que tout le territoire de cette ville est placé entre deux lignes de bureaux ; tandis que, par-là, il décide lui-même en d'autres termes qu'elle est dans le rayon.

» Et qu'allègue-t-il pour pallier une contradiction aussi manifeste? On le croirait à peine, si on n'avait son texte sous les yeux.

» Le receveur des Douanes (y est-il dit) a écrit au procureur général, par suite de l'arrêt interlocutoire du 13 décembre 1806, qu'il avait fait faire, il y avait alors vingt mois, une proclamation annonçant que les portes de Mulhausen, vers l'intérieur, ne seraient plus libres. Donc, avant cette proclamation, les portes de Mulhausen, vers l'intérieur, étaient affranchies de la police des Douanes; donc elles n'ont pu être soumises à cette police qu'en vertu d'un acte de l'administration publique; donc, si cet acte existe, il doit être représenté par la régie; donc, en ne le représentant pas, la régie décèle sa *mauvaise foi*, et prouve qu'en effet la ville de Mulhausen n'est pas dans le rayon des Douanes.

» Ainsi, de ce que, par une tolérance dont nous n'avons pas à scruter les motifs, mais qui avait cessé vingt mois avant le 13 décembre 1806, et conséquemment environ une année avant la saisie dont il est ici question, la régie des Douanes avait laissé libres les portes de Mulhausen vers l'intérieur; de ce que, par l'effet de cette tolérance, l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11 est resté sans exécution dans la ville de Mulhausen pendant deux ans, il s'ensuit, à entendre la cour criminelle du Haut-Rhin, qu'aujourd'hui même la ville de Mulhausen doit encore être censée affranchie de la police des Douanes, tant qu'on ne représentera pas un acte d'administration qui fasse cesser sa franchise.

» Mais quoi! l'existence des bureaux entre lesquels est placée la ville de Mulhausen, n'est-elle pas une preuve suffisante, parlons plus juste, n'est-elle pas une preuve à la fois matérielle et authentique de l'assujettissement de cette ville à la police des Douanes? Et par cela seul qu'un bureau de Douanes existe dans un lieu, n'est-il pas légalement constaté qu'il y a été établi par l'autorité compétente?

» On a prétendu, il y a quelque temps, que les communes renfermées dans la même ligne que la ville d'Anvers, n'étaient pas soumises à la police des Douanes; et l'on se fondait, comme ici, sur le prétexte que la régie ne représentait ni aucun acte de l'autorité publique qui les y eût assujetties, ni aucun acte de l'autorité publique qui eût établi à Anvers un bureau de seconde ligne. Quelle a été la réponse de la régie? Il existe un bureau à Anvers, a-t-elle dit; donc ce bureau a été établi légalement; donc tout le territoire renfermé entre ce bureau et celui de première ligne à l'extrême frontière, est soumis à la police des Douanes. Et la cour l'a ainsi jugé par un arrêt rendu, sections réunies, le 18 thermidor an 11, et motivé spécialement sur ce *qu'il résulte de l'ensemble des opérations administratives, constantes par le fait même, qu'un bureau des Douanes est établi à Anvers.*

» Mais, a encore dit la cour de justice criminelle du Haut-Rhin, la ville de Colmar n'est pas soumise à la police des Douanes; pourquoi donc celle de Mulhausen le serait-elle?

» Pourquoi? Parceque l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11, qui n'est pas encore exécuté à Colmar, a reçu à Mulhausen sa pleine exécution; parceque la ville de Colmar est située en-deçà des bureaux de seconde ligne, et que la ville de Mulhausen est située au-delà.

» Il n'y a donc ni raison ni prétexte qui puisse justifier la cour de justice criminelle du département du Haut-Rhin d'avoir jugé comme elle l'a fait; en jugeant comme elle l'a fait, elle a violé toutes les lois qui, dans la contestation sur laquelle elle avait à statuer, devaient lui servir de guides; et, par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuller l'arrêt qui vous est dénoncé ».

Arrêt du 11 septembre 1807, au rapport de M. Seignette, par lequel, — « vu l'arrêté du directoire exécutif du 17 thermidor an 4; l'art. 84 de la loi du 8 floreal an 11; attendu qu'un bureau des Douanes est établi à Mulhausen; qu'il n'est pas contesté que cette ville ne soit distante du Rhin, c'est-à-dire, de l'extrême frontière, que d'environ un myriamètre et demi; qu'il est également constant que cette ville est enveloppée, du côté de l'intérieur, par une ligne de bureaux; d'où il suit que la cour de justice criminelle du Haut-Rhin n'a pu mettre en question, si les maison et magasin de Benner Wolf, où a été faite la saisie à Mulhausen, étaient dans le rayon des Douanes, et faire dépendre sa décision de la preuve ou du défaut de preuve de ce fait; — La cour casse l'arrêt interlocutoire du 13 décembre 1806, par lequel la cour de justice criminelle du Haut-Rhin a ordonné que Benner Wolf justifierait que ses maison et magasin où a eu lieu la saisie, sont situes hors du rayon des Douanes; — Casse le second arrêt interlocutoire du 24 du même mois, par lequel la cour de justice criminelle, sous prétexte que Benner Wolf paraissait avoir fait tout ce qui dépendait de lui pour rapporter la preuve légale que ses maison et magasin ne sont pas compris dans le rayon des Douanes, charge directement la régie de prouver qu'ils le sont; — Casse, enfin, l'arrêt définitif du 2 janvier dernier, par lequel la même cour déclare nul et sans effet un procès-verbal de saisie du 9 avril 1806, fait sur ledit Jean-Georges Benner Wolf, et lui donne pleine et entière main-levée de ladite saisie; — Et pour être fait droit sur l'appel du jugement correctionnel d'Altkirch, du 19 mai 1806, renvoie.... ».

§. X. 1°. *En cas de saisie faite dans l'intérieur, et en-deçà de la ligne des Douanes, par des particuliers non attachés à la régie des Douanes, ces particuliers peuvent-ils poursuivre eux-mêmes en justice la confiscation des objets saisis?*

Digitized by Google

2°. *Une pareille saisie peut-elle être annullée pour défaut, soit de transport des objets saisis au plus prochain bureau des Douanes, soit d'affiche du procès-verbal à la porte de ce bureau?*

Ces deux questions ont été jugées, la première pour l'affirmative, et la seconde pour la négative, par un arrêt de la cour de cassation du 8 thermidor an 8. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 65.

§. XI. 1°. *Dans le cas où, pour s'introduire dans les maisons, les préposés des Douanes ont besoin de l'assistance d'un officier municipal ou d'un commissaire de police, une pareille introduction peut-elle être légitimée par la présence d'un commissaire de police d'un autre arrondissement, qui a reçu, pour cet effet, une mission spéciale du préfet?*

2°. *Peut-elle l'être par la présence de l'adjoint du maire, que le maire lui-même n'a pas désigné spécialement à cet effet?*

I. Le 2 frimaire an 13, saisie de marchandises anglaises dans la maison de Henri Vanderamvera, commune de Lierre, en présence d'un commissaire de police d'Anvers, délégué à cet effet par un arrêté formel du préfet du département des Deux-Nèthes, du 1er du même mois. — Pierre Smets, propriétaire de ces marchandises, réclame contre la saisie, et obtient, de la cour de justice criminelle du département, un arrêt du 25 thermidor an 13, qui, en confirmant un jugement du tribunal correctionnel d'Anvers, la déclare nulle par plusieurs motifs (*V. Procès-verbal*), et notamment parceque le commissaire de police d'Anvers était à Lierre hors de son territoire. — Mais sur le recours en cassation de la régie des Douanes, arrêt du 17 brumaire an 14, par lequel, — « vu l'art. 456 du Code des délits et des peines, numéros 1 et 6; — et attendu sur le premier moyen, que le commissaire de police d'Anvers, en se transportant au lieu de Lierre pour assister le commissaire à l'estampille dans la recherche de marchandises anglaises, ne l'a fait que d'après l'autorisation expresse du préfet du département des Deux-Nèthes, et chef suprême de l'administration dans son département; — Que dans le cas où le préfet n'aurait pas eu le droit d'autoriser le commissaire de police à exercer ses fonctions hors le territoire de son arrondissement, il n'appartenait pas à l'autorité judiciaire d'improuver un acte de l'autorité administrative; — Et que l'arrêt attaque n'a pas pu déclarer nul le procès-verbal de saisie dont il s'agit, dresse en présence de ce commissaire de police, comme fait en présence d'un fonctionnaire public sans caractère et sans pouvoir dans le lieu où cette saisie a été faite, sans entreprendre sur l'autorité administrative, dont la cour criminelle qui l'a rendu avait connaissance, puisque, l'arrêté du préfet était rappelé et même annexé à ce procès-verbal, et sans commettre par conséquent une usurpation de pouvoir formellement prohibée par le n°. 6 de l'art. 456....; La cour casse et annulle.... »

II. La seconde question proposée en tête de ce §., a été décidée négativement par un arrêt de la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle du 26 thermidor an 12; et en conséquence, une saisie de marchandises anglaises faite par les préposés des Douanes dans la maison du sieur Schloesser, en présence de l'adjoint du maire de la commune de Rhinder, a été déclarée nulle. Mais sur le recours en cassation du ministère public, arrêt est intervenu, le 9 frimaire an 13, au rapport de M. Rataud, qui, — « Vu l'art. 11 de la loi du 10 brumaire an 5 et l'art. 13 de celle du 28 pluviose an 8; — Attendu que pour la validité des opérations des préposés des Douanes, lors des visites qu'ils font en exécution de la loi du 10 brumaire an 5, il suffit qu'ils soient accompagnés d'un fonctionnaire ayant caractère et qualité; — Que les adjoints sont appelés par la loi même à l'exercice de toutes les fonctions municipales, lorsque les maires ne peuvent les remplir par eux-mêmes, pour cause d'absence ou tout autre empêchement; — Que si l'art. 7 de l'arrêté des consuls du 2 pluviose an 9 charge spécialement les maires de l'administration, et leur donne la faculté de déléguer à leurs adjoints une partie de leurs fonctions, cette disposition ne peut avoir pour objet que de régler l'exercice de ces mêmes fonctions, et de prévenir les inconvéniens d'une concurrence indéfinie; — Que dans l'espèce, il est justifié que lors de la visite dont il s'agit, il ne se trouvait dans la commune de Rhinder que l'adjoint du maire; et que sa présence aux opérations des préposés avait suffi pour les rendre régulières sous ce rapport; — Qu'ainsi en déclarant nul le procès-verbal de saisie dressé lors de ladite visite sur le fondement que l'adjoint avait agi sans une délégation expresse du maire, la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle a mal interprété la disposition de l'art. 7 de l'arrêté des consuls du 2 pluviose an 9, et contrevenu formellement aux dispositions des art. 11 de la loi du 10 brumaire an 5 et 13 de celle du 28 pluviose an 8; — Casse et annulle..... »

V. Garde des bois, sect. 1, §. 3, n. 11.

§. XII. *Lorsqu'il s'élève des difficultés sur le point de savoir si une saisie a été faite dans le rayon des deux myriamètres ou quatre lieues de la frontière, comment doit se mesurer la distance de la frontière au lieu de la saisie?*

La loi du 22 août 1791, tit. 13, art. 42, porte que « la fixation de distance entre le territoire étranger et la ligne sera faite sans égard aux sinuosités des routes, en prenant la mesure la plus droite *à vol d'oiseau* ».

Par ces mots, *à vol d'oiseau*, la loi fait assez

Digitized by Google

entendre que la distance doit être mesurée sur une ligne droite et horizontale ; et qu'on ne doit, dans le mesurage, avoir aucun égard à l'allongement que produisent dans la route, les montagnes dont elle est coupée.

Cependant une saisie de sucres ayant été faite dans le lieu nommé *Delle-Isole*, distant de l'étranger de trois lieues et demie seulement, en prenant la distance sur une ligne droite et horizontale, le tribunal civil de Mondovi la déclara nulle par jugement du 22 thermidor an 12, sur le fondement que la distance mesurée par une ligne tracée sur la surface montagneuse du terrain existant entre le lieu de la saisie et la frontière, se trouvait être de quatre myriamètres et demi ou cinq lieues.

Mais la régie des Douanes s'est pourvue en cassation contre ce jugement ; et par arrêt du 28 juillet 1806, au rapport de M. Busschop, — « Vu l'art. 42 du tit. 13 de la loi générale sur les Douanes des 6-22 août 1791 ; et l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11 sur la même matière ; — Considérant qu'il résulte clairement des termes de l'art. 42 ci-dessus cité, qu'en matière de police des Douanes, la distance entre le lieu de la saisie et le territoire étranger doit se mesurer par la ligne droite la plus courte *possible* : que cette ligne ne peut être autre que celle prise dans un plan parfaitement horizontal, toute autre ligne que celle tracée sur le plan incliné des montagnes, étant nécessairement plus longue ; — considérant que d'après l'opération géométrique qui a été ordonnée dans l'espèce, le lieu *Delle-Isole*, où la saisie des sucres a été faite, se trouve dans les quatre lieues frontières, en mesurant la distance de l'étranger par une *ligne droite et horizontale* : que pour déterminer sa décision sur la validité de la saisie, le tribunal de Mondovi n'a eu aucun égard à ladite distance, et n'a voulu considérer que celle mesurée par la ligne tracée sur la surface montagneuse de la terre ; d'où il suit que ledit tribunal a manifestement contrevenu audit art. 42, tit. 13 de la loi des 6-22 août 1791 ; — Par ces motifs, la cour casse et annulle... »

§. XIII. *Les marchandises entreposées qui sont vendues avant leur sortie de l'entrepôt, peuvent-elles être saisies par l'administration des Douanes pour des droits dus par le vendeur à raison d'autres marchandises ?*

L'administration des Douanes était créancière des sieurs Strobel et Martiny, négocians à Bordeaux, de droits considérables dont elle leur avait fait crédit et qui étaient dus pour des marchandises qu'ils avaient importées en France. — Les sieurs Strobel et Martiny ayant fait faillite, elle a fait saisir, dans l'entrepôt de Bordeaux, des tabacs qu'ils y avaient déposés. — Les sieurs Kunkel et compagnie ont revendiqué ces tabacs, comme les ayant achetés des sieurs Strobel et Martiny avant leur faillite, et les ayant depuis revendus aux sieurs Rodrigues ; ils ont soutenu ne devoir, pour raison de ces tabacs, que les droits auxquels leur importation avait donné ouverture ; et ils ont offert de payer ces droits. — L'affaire portée devant le juge de paix, jugement du 21 pluviose an 12, qui déclare suffisante l'offre des sieurs Kunkel et compagnie, et leur donne main-levée des tabacs. Appel. — Le 20 germinal suivant, le tribunal civil de l'arrondissement de Bordeaux confirme ce jugement. — L'administration des Douanes se pourvoit en cassation. Voici ses moyens :

« La revendication de Kunkel ne pouvait nuire à la saisie de l'administration des Douanes. — On ne disconvient pas que c'est par faveur et par utilité pour le commerce, que l'entrepôt est permis. — On ne disconvient pas davantage que tant que les marchandises demeurent entreposées, elles constituent le gage spécial des droits non acquittés. — Dès-lors, le propriétaire qui les a entreposées, ne peut ni les changer de nature ni les vendre, sans l'autorisation de l'administration des Douanes qui ne peut perdre son nantissement par des faits qui ne sont pas les siens, ou auxquels elle n'a pas concouru. — Peu importe dès-lors que Kunkel et compagnie aient prouvé qu'ils avaient achetés de Strobel et Martiny, et qu'ils avaient même revendu à d'autres. — L'administration des Douanes ne suspecte pas leur bonne foi ; mais elle plaint leur erreur et leur aveuglement. — Ils devaient savoir qu'il ne pouvait pas y avoir de vente hors la présence de la Douane et sans sa participation, puisque les marchandises étaient emmagasinées à titre de dépôt et de nantissement. — Ils devaient savoir qu'il ne peut exister de vente réelle d'un effet mobilier sans tradition ; et que la tradition d'une chose mise en gage, ne peut s'effectuer qu'avec l'assentiment de celui à qui le gage appartient. — Ils devaient savoir que sur les registres des Douanes Strobel et Martiny seuls étaient reconnus propriétaires, et que ces registres n'étaient point déchargés. — Ils devaient savoir enfin qu'au moment de la faillite de Strobel et Martiny, les cent boucauts de tabac dont il s'agit n'étaient pas sortis des magasins, et que toujours et par cela seul ils étaient considérés comme la propriété de Strobel et Martiny. — Le jugement attaqué a méconnu toutes ces circonstances ; et cette méconnaissance n'est pas un simple jugement de fait. — Par-là, le tribunal s'est évidemment trompé sur les diverses considérations qui ont déterminé les arrêtés du gouvernement en faveur des entrepôts. — Il les ferait toutes tourner contre l'intérêt national, s'il était possible que l'intervention de tiers que la Douane ne connaîtrait point, et avec lesquels, loin d'elle, on formerait des contrats, si, disons nous, cette intervention dénaturait l'état des choses, altérait le contrat de nantissement, et réduisait à zéro les droits de la Douane.... »

Nonobstant ces raisons, arrêt du 27 frimaire an 13, au rapport de M. Sieyes, et après un long délibéré, qui, — « Attendu..... quant aux tabacs non sortis, qu'aucune loi n'en a prohibé la vente pendant le temps qu'ils sont dans l'entrepôt ; que ces ventes sont d'un usage notoire et constant, ainsi

Digitized by Google

qu'il a été jugé par les deux tribunaux; qu'il a également été jugé en fait, que la vente qui en a été passée à Kunkel et compagnie, avait été accompagnée de toutes les marques caractéristiques qui en opèrent la consommation, telles que déplacement, nouvelles marques apposées; que le tout n'avait pu avoir lieu qu'en la présence et avec le concours des préposés de la Douane, nantis à cet effet d'une clef de l'entrepôt; qu'il n'a apparu même dans le temps aucune reclamation de la part desdits préposés; que l'administration reconnait elle-même la vérité de la vente, et ne lui reproche ni simulation ni fraude; qu'il résulte encore qu'elle a eu lieu avant la faillite de Strobel et Martiny, et dans un temps non suspect; — Attendu qu'en l'état, les tabacs non sortis de l'entrepôt, n'étant plus dès-lors la propriété des faillis, mais celle desdits acheteurs, cette marchandise ne pouvait être passible envers l'administration, que des droits qui la concernaient matériellement, suivant son poids ou sa qualité, conformément au tarif; que l'offre réelle en ayant été faite, l'administration ne pouvait s'opposer à la sortie, ni prétendre, sur ces tabacs circulant dans le commerce, des droits de garantie ou de suite, que la loi du 29 floréal an 7 ui aucune autre n'a réservés à la Douane; — Rejette.... ».

§. XIV. — 1°. *Peut-on, en matière de Douanes, lorsqu'il s'agit d'assigner un étranger sur une demande en cassation, dont la communication a été ordonnée par arrêt, lui donner l'assignation au domicile de son fondé de pouvoir en France?*

2°. *Si cette assignation est nulle, la nullité qui en est prononcée, profite-t-elle à la caution de l'étranger, lorsque celle-ci a été assignée valablement?*

Le 21 janvier 1807, arrêt de la section des requêtes de la cour de cassation qui admet le recours de l'administration des Douanes contre un jugement rendu par le tribunal civil d'Oléron, en faveur du sieur Marton, Espagnol, et du sieur Moncup, sa caution. — Cet arrêt est, dans les trois mois de sa date, signifié au sieur Marton en la personne du sieur Moncup qui avait été son fondé de pouvoir dans l'affaire dont il s'agissait, et au sieur Moncup lui-même, en qualité de caution, en son domicile. — La cause portée à l'audience de la section civile, le sieur Marton a comparu seul; et soutenant qu'on n'a pu, comme étranger, l'assigner qu'au domicile du procureur général de la cour de cassation, il conclud à la déchéance du recours de la régie. — Par arrêt du 5 août 1807, au rapport de M. Chasle, — « Vu les art. 69 et 70 du Code de procédure civile et l'art. 30 du tit. 4 du règlement de 1738; — Attendu que Joseph-Benoît Marton est Espagnol et domicilié à Sallieu en Espagne; que la signification de l'arrêt d'admission avec assignation devant la cour, qui aurait dû lui être donnée au domicile du procureur général impérial près cette cour, conformément à l'art. 69 précité, à peine de nullité, lui a été laissée au domicile et en la personne du sieur Moncup, son prétendu procureur spécial domicilié en France; que cette signification, frappée de nullité par l'art. 70, doit être considerée comme si elle n'avait point été faite, et l'arrêt d'admission comme n'ayant point été légalement signifié dans le delai prescrit, ce qui emporte la déchéance absolue du pourvoi en cassation, aux termes de l'art. 30 ci-dessus cité; — Attendu que la déchéance encourue par l'administration en faveur de Marton, premier et principal obligé, doit nécessairement produire le même effet en faveur du sieur Moucup, sa caution; — La cour déclare l'administration des Douanes déchue de son pourvoi..... »

§. XV. *Lorsqu'il s'agit de marchandises anglaises, l'appel est-il périmé par cela seul qu'il n'y a pas été statué dans les dix jours de l'arrivée de la requête de l'appelant au greffe de la cour de justice criminelle?*

L'art. 6 de la loi du 11 prairial an 7 porte qu'en cas d'appel d'un jugement rendu sur une saisie de marchandises anglaises, les cours de justice criminelle seront tenues de statuer *dans les dix jours*, à compter de celui *où sera parvenue à son greffe la requête d'appel.*

Le tribunal correctionnel de Chiavari s'étant déclaré, le 26 novembre 1806, incompétent pour connaître d'une saisie de marchandises anglaises, faite dans son arrondissement le 28 septembre précédent, la régie des Douanes en a appelé, et sa requête d'appel est parvenue, le 4 décembre suivant, au greffe de la cour de justice criminelle du département des Appenins. — Faute de diligence, l'affaire n'a été rapportée qu'à l'audience du 17 janvier 1807; et sur ce fondement, arrêt est intervenu, le même jour, par lequel, attendu qu'il s'était ecoulé plus de dix jours depuis l'arrivée de la requête de la régie, la cour a déclaré ne pouvoir pas statuer sur l'appel. — Mais la régie des Douanes s'est pourvue en cassation; et par arrêt du 2 avril 1807, au rapport de M. Minier, — « Vu l'art. 6 de la loi du 11 prairial an 7, ainsi conçu...., Et attendu que cette disposition n'a pour objet que d'assurer une plus prompte expédition dans les jugemens des affaires où il s'agit d'introdnction de marchandises anglaises; et que l'obligation qu'elle impose *est personnelle aux juges;* qu'elle n'établit et qu'il ne peut en résulter aucune déchéance contre la partie appelante, lorsque celle-ci s'est d'ailleurs conformée à la loi, en tout ce qui dépendait d'elle; que dans l'espèce, l'appel émis par l'administration des Douanes, avait été déclaré dans la forme et dans le delai prescrits; qu'ainsi en refusant d'y statuer, sur les motifs que les dix jours dans lesquels les juges étaient obligés de prononcer, étaient expirés, la cour de justice criminelle du département des Appenins, a commis un véritable déni de justice, et fait une fausse application de la dis-

Digitized by Google

position de la loi ci-dessus rappelée ; — La cour casse et annulle.... »]]

* DOUBLE ECRIT, ou ECRIT DOUBLE. C'est un acte sous signatures privées dont il y a copie fidèlement transcrite, avec les mêmes signatures sur cette copie que sur l'autre écrit qui a servi d'original.

I. S'il y a des actes qui doivent être rédigés devant notaire, il y en a beaucoup d'autres aussi qui, quoique sous signature privée, sont des titres valables entre les mains de ceux à qui ils appartiennent. *V. Acte sous seing-privé.*

Parmi les différens écrits dont nous entendons parler, il y en a qui sont synallagmatiques, c'est-à-dire, obligatoires pour les deux parties, et d'autres qui ne le sont pas, c'est-à-dire, dont l'exécution n'intéresse que l'une de ces mêmes parties. Un prêt par billet n'est point, par exemple, un acte synallagmatique ; l'emprunteur est seul obligé, et le prêteur n'a pas besoin de l'être. Un marché au contraire où chacune des parties contracte des obligations respectives, est un acte synallagmatique, parceque, si l'une d'elles, de son côté, est tenue de faire certaines choses, l'autre est pareillement tenue d'executer ce qui la concerne.

De cette explication il résulte une différence pour les formalités entre un acte synallagmatique et un acte qui ne l'est pas, et qu'on nomme *unilatéral*.

Quand l'acte est synallagmatique, pour que les obligations respectives qu'il renferme, aient leur effet, il faut qu'il soit écrit et signé Double, afin qu'étant entre les mains de chacune des parties, l'une ne puisse point éluder ses obligations et forcer l'autre à remplir les siennes, comme cela pourrait arriver si l'écrit n'etait pas fait Double, ou qu'il demeurât au pouvoir d'une seule des parties, parceque celle qui en serait dépositaire ne pourrait point être forcée par l'autre partie qui n'aurait point de copie signée, à exécuter les engagemens auxquels elle se serait soumise.

Lorsque l'écrit n'est point signé Double, il est regardé comme nul. Cette jurisprudence est consacrée par quatre arrêts du parlement de Paris.

Le premier, du 30 août 1736, est dans le Recueil des arrêts de la quatrième chambre des enquêtes, donné au public par l'Epine de Grainville.

Le second, qui est dans la Collection de Denisart, a été rendu le 6 août 1740, entre les héritiers de la princesse de Conti et l'archevêque de Reims.

Le troisième, du 23 janvier 1767, concerne un écrit portant partage, dont un curé avait été fait dépositaire. On soutenait la validité de cet écrit, sur ce qu'il avait été exécuté pendant six ans par celui qui l'attaquait ; mais il n'en a pas moins été declaré nul faute d'avoir été fait Double.

[Le quatrième arrêt a été rendu le 29 novembre 1781, dans l'espèce suivante.

Le sieur Forget avait, en 1756, passé un bail de neuf ans au duc de Grammont, de maisons et terrains vagues pour le prix de 600 livres par an ; et, le même jour, il lui avait fait un second bail pour les neuf années subséquentes, de manière que le preneur se trouvait assuré d'une jouissance de dix-huit ans. — En 1759, les gens d'affaires du duc de Grammont, alors mineur, se proposant de faire sur ce terrain différens bâtimens, engagèrent le sieur Forget à lui passer par-devant notaires, une promesse de vente des objets énoncés dans le bail pour le prix de 600 livres de rente perpétuelle, si la vente avait lieu présentement, ou pour le prix de 12,000 livres à l'expiration des dix-huit ans. Cette promesse de vente a été passée en brevet, sans minute et sans être faite Double. Le duc de Grammont a joui depuis en vertu de son bail, a payé exactement les loyers, et fait différens bâtimens, sans passer l'acte de vente projeté. — Le sieur Forget étant mort, et la jouissance du duc de Grammont étant sur le point d'expirer, il a fait assigner les héritiers et représentans Forget, pour lui passer chez un notaire l'acte de vente des terrains dont il s'agit, conformément à la promesse de vente de 1759. — Les héritiers Forget ont soutenu que cette promesse passée en brevet, sans Double ni minute, n'était pas obligatoire, parcequ'elle ne formait pas un acte synallagmatique, pour l'exécution duquel les deux parties eussent entre leurs mains de quoi se contraindre réciproquement à l'exécuter. — La contestation portée au châtelet, il y est intervenu sentence qui a déclaré la promesse de vente nulle, et a ordonné que les lieux seraient visités par experts pour évaluer les dommages-intérêts qui pourraient être dus au sujet des changemens faits aux lieux qui ne pourraient être rétablis dans leur premier état. — Le duc de Grammont a appelé de cette sentence, mais inutilement. L'arrêt cité l'a confirmée avec amende et dépens.

II. Voici néanmoins une espèce où il en a été jugé autrement, mais par une circonstance particulière. Je la rapporte d'après la notice que j'en ai tenue, dans le temps, sur les plaidoiries qui ont précédé l'arrêt.

La veuve Braconnier avait fait au sieur Maqueraire un bail de plusieurs héritages, et cela par un acte sous seing-privé, mais Double. Quelque temps après, les deux parties avaient resilié cet acte par un autre également sous seing-privé, mais non Double. La veuve Braconnier, en conséquence de ce résiliement, était rentrée dans la jouissance des terres qui étaient l'objet du bail. Un an après, elle a cru devoir accepter en termes formels ce resiliement; ce qu'elle a fait par un acte signifié au sieur Maqueraire. Ce dernier, voulant faire exécuter le bail, s'est pourvu au bailliage de Mâcon, qui a condamné la veuve Braconnier à l'en laisser jouir. Appel au parlement de Paris.— M. l'avocat général d'Agueesseau a dit que tout contrat synallagmatique, fait sous seing-privé, devant nécessairement être Double, le résiliement qui s'en fait, doit également l'être, suivant la règle *nihil tam naturale est*, etc. ; mais que dans l'espèce, l'acceptation solennelle qu'avait faite la

Digitized by Google

veuve Braconnier du résiliement, devait couvrir le vice de cet acte, parceque, par cette acceptation, le résiliement était devenu vraiment synallagmatique, et qu'il n'avait plus été au pouvoir de la veuve Braconnier de le rendre sans effet. C'est pourquoi il a estimé qu'il y avait lieu de mettre l'appellation et ce au néant; émendant, décharger la veuve Braconnier des condamnations prononcées contre elle, et de condamner le sieur Maqueraire aux dépens. — Ces conclusions ont été suivies par arrêt du samedi 30 août 1777.

III. On a vu par les arrêts des 23 janvier 1767 et 29 novembre 1781, rapportés ci-dessus, que l'exécution d'un acte synallagmatique non fait Double, n'en couvre pas la nullité. Le parlement de Normandie a cependant jugé le contraire, par arrêt du 24 janvier 1778; mais le cas était bien favorable, il s'agissait d'un contrat de mariage. Voici le fait.

En 1756, le sieur Dulos de La Prévotière épousa Marie-Marguerite Sausse. En 1771, la dame de La Prévotière fit interdire son mari, et obtint des lettres de séparation de biens, pour faire liquider ses droits de dot, douaire, biens paraphernaux et tout ce qui pouvait lui *compéter et appartenir, suivant son contrat de mariage et la coutume de la province.* Ces lettres n'eurent aucun effet, parceque le sieur de La Prévotière mourut avant qu'elles fussent entérinées. Comme il ne laissait point d'enfans, la dame Saillard des Salles, sa sœur, se déclara son héritière. — Le contrat de mariage des époux ne s'étant pas trouvé dans les papiers du défunt, lors de l'inventaire qui en avait été fait après son interdiction, le sieur des Salles, au nom de son épouse, poursuivit la veuve pour l'obliger à le représenter. — La dame de La Prévotière répondit qu'il était vrai qu'il y avait eu un projet de contrat en 1756; qu'elle en avait dit le contenu à tout le monde; qu'elle y avait fait un don mobil entier à son mari, dans le cas où il la survivrait; mais qu'il lui était impossible de le représenter, ne l'ayant point, et ignorant où il pouvait être; qu'au surplus elle offrait d'affirmer ce qu'elle avançait. — Le sieur des Salles voulut faire interroger la dame de La Prévotière sur faits et articles, pour savoir s'il n'y avait pas eu des conventions de mariage arrêtées entr'elle et son mari; si ces conventions n'avaient pas été rédigées et écrites par un avocat; si l'acte n'en avait pas été fait Double; et si, par cet acte, la dame de La Prévotière n'avait pas donné à son mari et sans aucune condition, le tiers de son bien en don mobil. — La dame de La Prévotière, au lieu de répondre, produisit la pièce qu'elle avait dit être égarée. C'était un acte sous seing-privé, en forme de contrat de mariage, signé des conjoints et de leurs parens respectifs, entr'autres de la mère du sieur de La Prévotière qui alors avait perdu son père, du père et de la mère de la demoiselle Sausse, et daté du 9 mai 1756: il y était dit, entr'autres choses, que le sieur Sausse, père, faisait une démission de ses biens en faveur des conjoints, moyennant la réserve d'une pension; et que la demoiselle Sausse, du consentement de son père, donnait à son futur époux don mobil entier sur les biens cédés par cette démission en avancement d'hoirie, et sur ceux qui pourraient lui échoir à l'avenir. — Après cette clause, le sieur de La Prévotière avait écrit en marge et par renvoi ces mots: *au cas que ledit futur lui survive, les même jour et an que dessus;* et il avait signé seul, sans approbation ni signature de la femme, ni des parens. — Sur la production de cet acte, le sieur des Salles demanda le tiers des biens de la dame de La Prévotière. — Celle-ci voulut s'en défendre, 1°. parceque le contrat de mariage ne portait point qu'il avait été fait Double, ce qui, disait-elle, en opérait la nullité; 2°. parceque le sieur de La Prévotière avait pu renoncer à une donation faite en sa faveur. — Le sieur des Salles a soutenu au contraire, 1°. que le contrat de mariage ne pouvait pas être annullé, sous prétexte qu'il ne portait pas qu'il eût été fait Double, parceque les choses n'étaient plus entières, le mariage s'en étant ensuivi; 2°. que l'addition mise après coup par le sieur de La Prévotière à son contrat de mariage, était nulle, soit qu'on l'assimilât à une contre-lettre, soit qu'on la considérât comme un avantage indirect. — Par l'arrêt cité, le contrat de mariage a été jugé valable; mais l'addition qui y avait été faite par le sieur de La Prévotière seul, pour le modifier, a été déclarée nulle; et en conséquence la dame de La Prévotière a été condamnée à abandonner le tiers de ses biens au sieur des Salles.]

IV. Pour établir que l'écrit a été fait Double, il faut qu'il en soit fait mention dans l'écrit même: mais si cette mention avait été omise, serait-on recevable à prouver par témoins que réellement cet écrit a été fait Double; que la partie qui n'en veut point convenir, en a retiré une copie signée; et qu'elle la tient cachée, pour se prévaloir du défaut de mention?

Quelques uns pensent qu'il n'y aurait aucun inconvénient à admettre une preuve qui, au lieu de détruire un écrit, ne tendrait qu'à en assurer l'exécution. Cette preuve, disent-ils, mériterait d'autant plus d'être facilement reçue, qu'il est ordinaire que tous les écrits de cette nature sont faits Doubles, et que le défaut de mention prouve moins qu'un acte semblable n'a pas été fait Double, qu'il ne prouve une inadvertance des parties à faire cette mention.

En vain dirait-on, continuent-ils, que l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 défend de recevoir de preuve vocale *outre et contre le contenu aux actes.* L'esprit de cet article est d'indiquer seulement qu'on ne doit pas être admis à prouver par témoins que les conventions ont été verbalement plus ou moins étendues entre les parties que l'acte même ne le prouve; mais cette loi n'a point de rapport à un acte particulier tel que celui dont il est question, et où il ne s'agit aucunement de rien

Digitized by Google

changer aux dispositions de l'acte, mais simplement de savoir si les deux parties ont été respectivement obligées suivant les formalités nécessaires pour la validité de l'écrit qu'on attaque.

[Ces raisons ne manquent pas de solidité. Cependant l'opinion qu'elles appuient est si peu admise, que, dans le cas même où les deux Doubles d'un acte sont représentés, le seul défaut d'avoir énoncé dans cet acte qu'il a été fait Double, en emporte la nullité.

C'est du moins ce qu'a jugé l'arrêt du parlement de Paris du 30 août 1736, rapporté ci-dessus. — « Les motifs ont été (dit M. Lepine de Grainville) qu'un écrit qui, dans son principe, n'a point la forme d'un engagement entre les parties, n'en peut produire dans la suite; que l'engagement doit procurer à l'une et à l'autre une action réciproque, pour obliger celui contre qui on veut s'en servir, à l'exécuter; que l'obligation contractée par l'une, a eu pour motif l'obligation contractée par l'autre; que toutes les conventions, qui d'abord sont libres et de pure volonté, doivent être dans la suite de nécessité pour toutes les parties; qu'un écrit, dont l'exécution a pu dépendre de la bonne ou de la mauvaise foi des parties, n'a point la forme d'un engagement entre elles, parcequ'il est contre la nature des conventions réciproques, que l'une des parties soit obligée et ne puisse contraindre l'autre; un acte qui ne donne point à la partie qui l'a passé le moyen de le faire exécuter par l'autre, est un acte de nul effet; et si l'une peut en refuser l'exécution, il faut nécessairement que cette liberté soit accordée à toutes les deux, et qu'il soit déclaré nul à l'égard de l'une et de l'autre. — Il n'est pas difficile d'appliquer ces principes au défaut d'enonciation de *fait Double*, dans les deux actes. L'une ou l'autre des parties pouvait supprimer son Double; celui qui l'aurait voulu exécuter, n'avait aucun moyen pour prouver qu'il avait été fait Double, et que par conséquent l'engagement était obligatoire et réciproque. — S'ils eussent contenu l'enonciation de *fait Double*, le premier qui eût voulu s'en servir, aurait trouvé dans son Double même, la preuve que l'acte aurait été fait Double, puisqu'il aurait contenu une énonciation souscrite par l'autre, qu'il avait été fait Double; celui qui n'aurait pas voulu faire paraître le sien, aurait pu être contraint à le représenter et à exécuter la convention. Et alors l'écrit aurait formé un engagement réciproque entre les parties, parcequ'il n'aurait pas dépendu de l'une d'elles de supprimer le sien, et de s'exempter de l'exécution de la convention, étant certain qu'il n'y a point de convention lorsqu'elle n'est point de nécessité à l'égard de toutes les parties. — Il est vrai que les deux Doubles étaient représentés; mais cette représentation ne rectifiait pas le défaut d'énonciation qu'ils avaient été faits Doubles. Cette représentation ne donnait point à l'acte le caractère qu'il n'avait pas. Il était nul dans son principe, parceque ni l'un ni l'autre de ces Doubles ne donnait aux parties la preuve que la convention était réciproque, et par conséquent obligatoire. — Or, lorsqu'une convention est nulle dans son principe, il ne doit point dépendre de la volonté de l'une des parties seulement de la rendre valable ou non, d'en consentir l'exécution ou de s'y refuser. On ne peut former de convention fixe et certaine que par un acte; un acte est absolument nécessaire pour établir qu'il y a eu une convention entre des parties. — Il est établi par le principe naturel des engagemens, que si l'acte est sous seing-privé, il doit être Double quand il contient des conventions réciproques: si l'une des deux parties on toutes les deux ont pu soustraire la preuve que l'acte a été fait Double, l'acte est nul, et ne peut prouver qu'il y a eu une convention; il n'a formé aucun engagement entre les parties, et ce même engagement ne peut se former entre elles par la représentation volontaire faite par les parties. — Quelques uns de messieurs qui avaient servi au châtelet, attestèrent que ces principes y étaient inviolablement suivis ».]

V. Lorsqu'il y a plus de deux parties, c'est-à-dire, lorsqu'il y en a trois, quatre ou cinq, l'écrit, au lieu d'être Double simplement, doit être triple, quadruple ou quintuple, suivant le nombre des contractans.

VI. On a demandé s'il fallait essentiellement que la signature de toutes les parties fût sur chaque exemplaire de l'écrit; mais il a été décidé que cette signature n'était pas nécessaire, d'abord parcequ'il est assez ordinaire que les parties se contentent de l'échange de leurs signatures; en second lieu, parcequ'il n'est pas nécessaire que le porteur d'un exemplaire signé de l'autre partie, y mette sa propre signature, attendu qu'il n'a pas besoin de s'engager envers lui-même: c'est aussi ce qui a été jugé au parlement de Bretagne le 27 mars 1738, par un arrêt rapporté au Journal de ce même parlement. [[*V.* ci-après, n. 10.]] Si l'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans et l'art. 165 de celle de Blois exigent la signature de toutes les parties sur les actes qu'elles passent, ceci ne s'entend que des actes reçus par les notaires et dont il n'y a qu'une minute. (M. Dareau.) *

VII. Au surplus, il faut remarquer que la jurisprudence qui fait la matière de cet article, n'est pas universelle. Nous osons même penser qu'elle est contraire aux principes.

Il faut bien distinguer dans un acte, ce qui appartient au contrat, et forme le *vinculum obligationis* qui en est l'essence, d'avec ce qui n'est relatif qu'à la preuve. Dès que deux parties ont donné leur consentement, l'obligation est formée; et soit que l'on puisse la prouver ou non, elle n'en a pas moins la vertu intrinsèque de lier les contractans. En bonne logique, le défaut de preuve d'un acte ne peut pas en emporter la nullité, il n'en peut résulter qu'un empêchement de fait à son exécution; et si l'on parvient à suppléer à ce défaut, à lever cet empêchement, par des preuves tirées d'ailleurs, pourquoi l'acte ne serait-il pas pleinement exécuté? En vain dirait-on que dans le principe, et d'après l'acte

Digitized by Google

même, l'obligation n'était pas susceptible d'exécution forcée : l'obligation était valable en elle-même dans le principe; et cela suffit pour qu'elle ait tout son effet, du moment que la preuve en est acquise : *Fiunt enim scripturæ ut quod actum est per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.* Ce sont les termes de la loi 4, D. *de fide instrumentorum*, decision si juste et si vraie qu'elle a été admise dans tous les tribunaux.

Eu effet, malgré les défenses que font, pour l'ancien territoire français, l'ordonnance de Moulins, et pour les Pays-Bas, l'édit perpétuel de 1611, de recevoir la preuve par témoins, de toutes choses excédant la valeur de 100 liv. ou 300 florins, on ne s'est jamais avisé de croire que l'écriture fût requise dans les conventions pour autre chose que pour la preuve. — Aussi a-t-on toujours jugé qu'à défaut de titre, on peut déférer le serment à sa partie; et l'on a toujours condamné à l'accomplissement de leurs obligations, ceux qui, en avouant les avoir contractées, soutenaient n'être point liées valablement faute de titre : c'est ce qu'attestent Guénois et Néron, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, ainsi que Maynard, liv. 6, chap. 10; et c'est ce que décident nettement deux déclarations du conseil privé de Bruxelles, rendues sur les remontrances des échevins d'Anvers et de Malines, les 30 janvier 1622 et 21 mars 1624, et rapportées par Anselmo sur l'art. 19 de l'édit perpétuel, n. 8. — C'est aussi ce qu'ont jugé tout récemment deux arrêts du parlement de Flandre. — Albert Pinte, marchand à Valenciennes, prétendait que François Dury, maçon en la même ville, lui avait vendu verbalement une maison; et comme il n'en avait aucune preuve par écrit, il s'en rapportait au serment de ce dernier. Dury refusait de prêter ce serment, et soutenait, que quand même le marché aurait eu lieu, il eût été nul, faute d'en avoir passé acte avec minute on Double. Sentence des échevins de Valenciennes du 4 septembre 1779, qui ordonne que Dury prêtera le serment, à peril qu'il sera référé à Pinte. Dury en a interjeté appel. Mais par arrêt du 17 novembre de la même année, au rapport de M. Remy des Jardins, l'appellation a été mise au néant, avec amende et dépens. — L'antre arrêt a été rendu le 12 du même mois, à l'audience, entre le sieur Lambert, marchand à Saint-Pol, appelant des juges et consuls de Lille, et la veuve Holbecque, marchande à Roubaix, intimée.

Dès-là, il est bien clair que l'écriture n'est point requise pour la substance des obligations; et cela posé, comment concevoir qu'on puisse annuller un contrat synallagmatique, par le seul défaut d'avoir été fait Double? Car enfin, juger qu'une convention dont il n'y a aucune preuve écrite, doit avoir son effet, quand elle est avouée par la partie, c'est faire beaucoup plus que d'ordonner l'exécution d'un acte synallagmatique, qui, après sa confection, est resté entre les mains d'une des deux parties; et si l'on admet le plus, comment ne pas admettre le moins?

Ce n'est pas que nous ne soyons pas assez téméraires pour entreprendre de réformer sur ce point la jurisprudence du parlement de Paris. Si elle est aussi bien établie que l'annoncent les arrêtistes, on doit la respecter. Mais qu'on l'introduise sans raison et sans cause dans les tribunaux où elle n'a pas encore pénétré, c'est ce que les principes ne permettent pas.

Aussi le parlement de Flandre l'a-t-il rejetée bien formellement par un arrêt d'audience du 7 janvier 1777, plaidant M. Deprez, pour les échevins de Werwick, et M. Destrées pour Martin Rincheval.

Dans le fait, Martin Rincheval, marchand de grès à l'Ecluse, près Douai, avait vendu quarante mille grès aux échevins de Werwick; et cela par un billet sous seing-privé, qui n'avait point été fait Double, et qui était demeuré entre les mains des acheteurs. Rincheval n'ayant point satisfait à son obligation, a été assigné au consulat de Lille, pour y être condamné. Là, il a répondu que le contrat était nul, 1°. parcequ'il était contraire à plusieurs arrêts du conseil, qui défendaient l'exportation des grès hors de France, sans une permission expresse du commissaire départi; 2°. parceque l'acte n'était point Double; et, à ce propos, Rincheval a cité trois arrêts du parlement de Paris, qui, sur un pareil fondement, avaient annullé des contrats synallagmatiques. Les échevins de Werwick, déboutés de leur demande, par une sentence du consulat de Lille, se sont pourvus, par appel, au parlement. La cause portée à l'audience, M. l'avocat général Lecomte de La Chaussée a établi que l'acte de vente était valable en soi; que le défaut d'avoir été fait Double ne pouvait, *suivant les vrais principes et la jurisprudence de la cour*, porter la moindre atteinte à sa validité, puisque Rincheval convenait de sa signature et du consentement dont elle était la preuve; mais que la défense d'exporter des grès hors de France, devait arrêter l'exécution du contrat; et, en conséquence, il a estimé qu'il y avait lieu de confirmer la sentence. — En ce moment, les échevins de Werwick, persuadés qu'ils allaient perdre leur cause, ont pris de nouvelles conclusions, et demandé que Rincheval fût obligé de leur livrer les grès à Douai, sauf à eux à se pourvoir par-devers le commissaire départi, pour en obtenir la permission de les transporter à Werwick. — En conséquence, arrêt est intervenu le 7 janvier 1777, par lequel la cour, sans avoir égard au moyen de nullité que Rincheval prétendait tirer de ce que l'acte n'était point fait Double, lui a ordonné de contester sur la nouvelle demande des appelans; et, à cet effet, a continué l'audience au 27 du même mois, en communiquant de nouveau au parquet.

A cet arrêt, qui est bien sûrement rendu en thèse, j'en ai vu opposer un rendu depuis en faveur du sieur d'Aigremont, contre le sieur Bacle, procureur à Bailleul, au sujet d'un bail à rente sous seing-privé, qui n'avait pas été fait Double. Mais je me suis informé quel était cet arrêt; et M. Savary, ancien avocat, qui défendait le sieur d'Aigremont, m'a assuré que, non seulement il ne ju-

Digitized by Google

geait pas la question, mais qu'elle n'avait pas même été agitée au procès.

Au reste, il n'est pas indifférent qu'on sache qu'un des plus célèbres jurisconsultes qui ont illustré le barreau de la capitale, a pensé comme nous sur cette question. Voici, en effet, ce que nous lisons dans une consultation de M. Berroyer, sur un acte synallagmatique. — « On ne peut pas dire indistinctement qu'un acte sous signature privée des deux parties soit nul, sous prétexte qu'etant respectivement obligatoire, il n'est pas Double, et qu'il est demeuré en la possession de l'une d'elles; car il n'y a point de loi ni d'ordonnance qui le décide : l'intention de celle de 1566 et de 1667 n'ayant été que d'engager à mettre par écrit les conventions qui excèdent la somme de 100 livres, pour ne pas exposer à la corruptibilité des témoins, une preuve qui pourrait avoir de dangereuses consequences. — Il suffit que la preuve par témoins ne pouvant être admise contre la prohibition des susdites ordonnances, d'une somme de 100 livres, celui qui a signé la convention, soit en état de la prouver par un écrit de celui qui refuse de l'exécuter. On vient de marquer quelle a été la prévoyance desdites ordonnances, qui font même l'exception quand il y a un commencement de preuve par écrit, auquel cas la testimoniale est reçue pour l'achever, ce qui démontre que la convention étant écrite dans un acte simple, tel qu'un bail sous seing-privé, cette preuve littérale est suffisante pour la faire exécuter, joint que, quand on n'aurait point de bail, la preuve testimoniale du fait d'exécution de la convention, serait reçue. — Si la partie à laquelle l'acte est confié le supprime, l'autre doit s'imputer d'avoir en trop de facilité; mais, d'abord qu'il est rapporté, il fait la preuve littérale de la convention, et cela doit suffire. — L'art 1 du tit. 4 de l'ordonnance de 1673, qui autorise l'acte de société sous signature privée, *au singulier*, ne désire pas non plus qu'il soit fait double ».

[[Cette doctrine paraît avoir été constamment suivie au parlement de Grenoble; mais elle ne l'était, ni au parlement de Bordeaux, ni au parlement de Rouen; ces deux cours jugeaient, à cet égard, comme le parlement de Paris. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 74.

Dans la ci-devant Belgique, la jurisprudence était la même qu'aux parlemens de Grenoble et de Douai; et un arrêt de la cour de cassation du 27 nivose an 12 a jugé que la cour d'appel de Bruxelles n'avait violé aucune loi, en déclarant valable, le 14 fructidor an 10, une vente d'immeubles faite le 24 fructidor an 8, par acte sous seing-privé non Double. *V.* le *Recueil* cité, tome 9, page 223.

VIII. Mais on ne pourrait plus juger de même pour les actes synallagmatiques qui ont été passés sous seing-privé depuis la publication du Code Napoléon. L'art. 1325 de ce Code adopte, en la modifiant, la jurisprudence du parlement de Paris sur cette matière. Voici ses termes :

« Les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits Doubles, triples, etc. ne peut être opposé par celui qui a exécuté, de sa part, la convention portée dans l'acte ».

IX. Il resulte clairement de cet article, qu'une vente faite par acte sous seing-privé non Double, n'est pas nulle de plein droit; et cette conséquence en amène nécessairement une autre : c'est qu'une pareille vente est passible du droit d'enregistrement, comme si elle avait été faite, on devant notaire, ou par acte Double. — Pour exiger le droit, les préposés de la régie n'ont même pas besoin de faire vérifier l'écriture de l'acte sous seing-prive, lorsqu'elle n'est point déniée par celui des signataires auquel ils s'adressent.

Voici un arrêt de la cour de cassation qui consacre ces maximes. — Une contrainte est décernée contre les sieurs et dame d'Hanins à fin de paiement d'une somme de 6141 francs 52 cent., pour droit et double droit d'enregistrement d'un acte sous seing-privé du 25 brumaire an 12, et non enregistré, contenant vente à leur profit de l'hôtel de Londres par les sieurs et dame Vanderhagen. Le receveur de l'enregistrement avait eu connaissance de cet acte par un exploit du 14 pluviose an 12, par lequel le sieur Vanolmen, fondé de pouvoir des sieurs et dame d'Hanins, avait fait signifier aux sieurs et dame Vanderhagen, la résiliation de la vente dont il s'agit. — Les sieurs et dame d'Hanins se rendent opposans à la contrainte : ils reconnaissent, qu'à la vérité, les sieurs et dame Vanderhagen ont offert de leur céder l'hôtel de Londres en paiement de sommes qu'ils leur devaient; que même le projet de cette vente a été rédigé le 26 brumaire an 12; mais que ce projet n'a jamais eu le caractère d'une vente parfaite; qu'il n'a pas même été fait double entre les parties; et que ce qui prouve d'ailleurs qu'il n'a été suivi d'aucune exécution, c'est que par acte du 2 frimaire suivant, les sieurs et dame Vanderhagen ont affecté divers immeubles à l'hypothèque de la créance des sieur et dame d'Hanins, laquelle se serait trouvée éteinte par l'acquisition projetée de l'hôtel de Londres, si elle avait en lieu; que jamais ils n'ont été mis en possession de cet hôtel; qu'enfin, c'est par erreur et sans qualité que Vanolmen, qui n'avait pouvoir que pour vendre, s'était immisce dans des actes relatifs à des acquisitions et à des résiliations d'acquisitions qui sortaient des bornes de son mandat. — L'opposition rejetée par le tribunal de Bruxelles, les sieur et dame d'Hanins se pourvoient en cassation pour violation de l'art. 2 de l'édit de décembre 1684, de l'art. 1325 du Code Napoléon, et pour fausse application de l'art. 69, §. 7, de la loi

Digitized by Google

du 22 frimaire an 7. — L'art. 2 de l'édit de 1684 (disent-ils), porte que *le créancier d'une promesse ou d'un billet, pourra faire déclarer à sa partie, par l'exploit de sa demande, qu'après un délai qui ne pourra être moindre de trois jours, il demandera à l'audience que le billet ou la promesse soient tenus pour reconnus; et faute par le défendeur de comparaître au jour marqué par l'exploit, le juge ordonnera que lesdites promesses ou billets demeureront reconnus.* Or, cette reconnaissance d'écritures, que l'ordonnance indique comme un préalable nécessaire, et à laquelle la régie devait, avant tout, faire procéder, n'a point été faite. — L'art. 1325 du Code Napoléon a été également violé; suivant cet article, les actes sous seing-privé conteuant des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; l'acte du 25 brumaire an 12 est donc nul et comme s'il n'existait pas, puisqu'il est constant en fait qu'il n'a point été fait Double; l'action de la régie ne peut pas plus être fondée sur un pareil acte, que ne pourrait l'être l'action de l'une des parties contre l'autre. — Cette nullité reconnue, l'acte dont il s'agit ne peut pas être réputé translatif de propriete; et dès-lors, le tribunal de Bruxelles a fait une fausse application de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, qui ne frappe de ses dispositions que les actes translatifs de propriété. — Par arrêt du 24 juin 1806, au rapport de M. Henrion, « attendu, sur le premier moyen, qu'Auguste d'Hanins n'a pas dénié sa signature, étant au bas de l'acte du 25 brumaire an 12; — Attendu, sur les autres moyens, que l'acte du 25 brumaire an 12 constitue une véritable vente, puisqu'il renferme les trois caractères propres à cette espèce de contrat, *la chose, le prix et le consentement;* qu'à la vérité, la circonstance que cet acte n'est pas dit fait Double, donnait le droit aux parties contractantes d'en faire prononcer la nullité; mais qu'à l'époque de la contrainte, cette nullité n'était pas prononcée; et que, par conséquent, à cette époque, il existait une vente, à la vérité résoluble, mais qui n'était pas résolue; ce qui suffisait pour justifier la contrainte; la cour rejette.... ».

X. A plus forte raison, le droit d'enregistrement serait-il dû par l'acquéreur, si l'acte de vente sous seing-privé énonçait qu'il a été fait Double, quoique d'ailleurs il ne fût pas signé de l'acquéreur lui-même, mais seulement du vendeur entre les mains de qui il se trouvait, lorsqu'il est parvenu à la connaissance de la régie ou de ses préposés.

Le 11 ventose an 9, une contrainte est décernée contre Pierre Carrier et son épouse, en paiement d'une somme de 1643 francs 84 centimes, pour les droits d'enregistrement, double droit et décime par franc, d'un contrat de vente que le sieur Blachon leur a passé sous seing-privé, moyennant la somme de 18,000 francs. — Carrier forme opposition à cette contrainte et soutient qu'il n'a rien acheté de Blachon. Il reconnait bien qu'il a existé entr'eux un projet de marché; mais, dit-il, ce projet n'a eu aucune exécution; et la preuve en est que l'acte représenté par la régie qui le tient de Blachon, n'est point signé de celui-ci, mais seulement de ma femme et de moi. — La régie répond « qu'à la vérité cet acte ne porte pas la signature de Blachon, mais qu'il y est énoncé qu'il a été fait et signé Double; et que, dans l'usage, les actes faits Doubles sont le plus communément échangés avec une seule signature, la contre-partie étant maîtresse d'apposer sa signature, quand il lui plaît, sur le Double dont elle est en possession ». (*V.* ci-devant, n. 6.) — Le 22 floréal an 10, jugement par lequel le tribunal civil de Saint-Etienne ordonne que l'administration de l'enregistrement prouvera, tant par titres que par témoins, que Carrier et sa femme se sont mis en possession du domaine dont il s'agit. — Recours en cassation de la part de l'administration; et par arrêt du 13 octobre 1806, au rapport de M. Boyer, — « Vu l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7; Attendu que l'acte sus-énoncé, fait Double et sous signature privée, du 29 brumaire an 9, portant vente par Blachon à Carrier du domaine y mentionné, quoique non signé de Blachon, mais signé de Carrier et de son épouse, formait contre ces derniers une preuve suffisante et légale de la mutation de propriété, relativement à la perception du droit d'enregistrement; qu'ainsi, en déchargeant Carrier de la contrainte décernée contre lui en paiement de ce droit, le jugement attaqué a violé l'article précité de la loi du 22 frimaire an 7; par ces motifs, la cour casse et annulle... »

XI. Peut-on, nonobstant l'art. 1325 du Code Napoléon, prouver une convention synallagmatique dont il n'existe point d'acte fait Double, par un ensemble de pièces privées communes aux deux parties? Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

La dame Maréchal, ex-religieuse ursuline, acquiert la ferme d'Herbuchène, qui avait appartenu à sa communauté. — Ne pouvant payer le prix de ce domaine, elle cède ses droits au sieur Libert, moyennant une somme de 100 francs; et cependant elle continue d'occuper la ferme, de l'entretenir, de la faire valoir et de s'en approprier tous les fruits. — Des difficultés s'élèvent entr'elle et le sieur Libert: celui-ci veut la faire sortir de la ferme; elle s'y refuse, et soutient qu'il lui en a cédé l'usufruit sa vie durant, et produit, pour le prouver, la correspondance qu'elle a eue précédemment avec lui. — Le sieur Libert nie le fait. — Arrêt de la cour d'appel de Liège, du 1er floréal an 12, qui prononce en faveur de la dame Maréchal. — Le sieur Libert se pourvoit en cassation et propose trois moyens: — 1°. Violation de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, et de l'art. 1341 du Code Napoléon, qui n'admettent que des actes authentiques ou privés, pour preuve des conventions dont l'objet excède la valeur de 100 liv. ou 150 fr. — 2°. En supposant que la cour d'appel de Liège ait considéré la prétendue cession

Digitized by Google

de l'usufruit comme une donation entre-vifs, contravention aux art. 1 et 2 de l'ordonnance de 1731, et à l'art. 931 du Code Napoléon, qui veulent que tout acte portant donation soit passé et accepté devant notaires. — 3°. Si la cour d'appel a envisagé la prétendue cession comme une vente, violation de l'art. 1325 du Code Napoléon, qui veut que les conventions synallagmatiques, lorsqu'elles ne sont pas rédigées devant notaires, soient constatées par des actes faits Doubles; et de la loi 2, §. 1, D. *de contrahendâ emptione*, qui dit que *sine pretio nulla venditio est.* — Par arrêt du 14 frimaire an 14, au rapport de M. Coffinhal, — « Considérant, sur le premier moyen pris de la contravention aux art. 54 de l'ordonnance de Moulins, 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 et 1341 du Code civil, portant, les premiers, qu'il sera passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 francs, et le dernier de 150 francs; aux art. 1 et 2 de l'ordonnance des donations de 1731 et 951 du Code civil, qui veulent que tous actes portant donation, soient passés devant notaires, que les donations soient acceptées, et l'ordonnance de 1731, qu'elles soient insinuées; que le jugement attaqué n'a pas considéré les conventions dont il a prescrit l'execution, comme une donation; que les lois relatives aux donations, sont donc inapplicables; qu'il s'est décidé d'après des pièces et une correspondance écrite; qu'ainsi, les lois qui exigent que les choses ou les sommes excédant 100 livres, soient prouvées par écrit, n'ont pas été violées; — Considérant, sur le second moyen pris de la contravention à l'art. 1325 du Code civil, en ce que le jugement attaqué a ordonné l'exécution d'écrits qui, en les considérant tous comme actes sous seing-privé, auraient dû être faits Doubles, comme contenant des conventions synallagmatiques; — Que la preuve de la convention résultant d'un ensemble de pièces communes aux deux parties, la disposition de l'article cité du Code civil était sans application; — Considérant, sur le troisième et dernier moyen fondé sur la contravention aux lois romaines, et à l'art. 1582 du Code civil, pour avoir donné effet à une cession d'usufruit dans laquelle on ne trouvait ni le consentement des deux parties, ni le prix convenu; que le consentement est établi par les mêmes pièces qui constatent l'existence de la cession, et que le prix est dans l'abandon même de la propriété qui résidait sur la tête d'Augustine Maréchal, et dans la vilité même de la somme portée par l'acte contenant la cession de cette propriété; — La cour rejette.... »

XII. Lorsqu'un acte passé devant notaire est nul comme acte authentique, et que néanmoins, aux termes de l'art. 1318 du Code Napoléon, il vaut comme acte sous seing-privé par l'effet des signatures de toutes les parties, est-il nécessaire qu'il soit fait Double? Cette question a été agitée au conseil d'état, lors de la discussion de l'art. 2130 du projet de Code civil, qui, dans la rédaction définitive, est devenu le 1318e. Voici ce que nous lisons à ce sujet dans le procès-verbal:

« M. Jollivet demande si l'acte sera valable, lorsqu'étant synallagmatique, il n'aura pas été fait double entre les parties? A la vérité, l'art. 2219 (aujourd'hui 1325) ne s'applique point au cas de l'article en discussion; il faudrait donc le rédiger ainsi: *les actes sous seing-privé et ceux qui sont l'objet de l'art.* 2213, etc. — M. Reguaud (de St.-Jean-d'Angely) dit que la question est décidée par l'art. 68 de la loi du 25 ventose an 11 sur le notariat. — M. Tronchet dit que lorsque l'acte est retenu dans un dépôt public, il n'y a plus de raison pour exiger qu'il soit Double, puisqu'il n'est plus à la disposition d'une seule des parties.... — L'article est adopté ».

V. Acte, Minute, Preuve, Vente, etc.]]

* DOUBLE EMPLOI. C'est l'action d'employer deux fois une même somme dans un compte, soit en recette, soit en dépense.

Quand le débiteur a une fois payé ce qu'il devait, il est libéré. Si, par erreur, il paye encore ce qu'il ne devait plus, il a une action en répétition contre son creancier. Cette action, appelée en droit *condictio indebiti*, est fondée sur l'équité naturelle, qui ne permet pas qu'on fasse payer à un débiteur au-delà de ce qu'il devait. *V. Ignorance.*

Le Double emploi se glisse aisément dans un compte; c'est dès-lors une erreur contre laquelle il est très permis de revenir, sans même qu'il soit nécessaire d'obtenir, à cet effet, des lettres du prince: il suffit de faire voir clairement qu'il y a un Double emploi, pour être fondé à obtenir la restitution de ce qu'on a payé de plus qu'on ne devait. Observez toutefois que celui contre lequel on se pourvoit en restitution, ne doit pas les depens de la demande, lorsqu'il a reçu de bonne foi l'objet de la réclamation, et qu'il le restitue sans contestation; parceque si, d'un côté, le créancier ne doit recevoir que ce qui lui est dû, le debiteur, du sien, doit savoir ce qu'il doit et ne rien payer au-delà.

Lorsque le débiteur produit deux quittances de la même somme, il ne faut pas toujours en induire qu'il a payé deux fois la même chose. Il arrive très souvent qu'un débiteur qui a perdu sa quittance, prie son créancier de lui en donner une nouvelle; ce qui se fait ordinairement sans difficulté, et sans soupçonner aucune mauvaise intention de la part de ce débiteur. Aussi, lorsque ce dernier, ayant recouvré la première quittance, se présente en justice pour obtenir une restitution, on ne doit pas l'écouter facilement. Les présomptions sont contre lui, parcequ'il est difficile de croire qu'un débiteur qui a payé une première fois, paye une seconde la même dette, du moins sans faire des protestations. Dans le doute, le serment du créancier doit l'emporter.

Mais il en serait différemment si les deux quittances se trouvaient données, l'une au défunt, et l'autre à l'héritier: on pourrait croire alors aisément que le créancier a profité de l'ignorance où était cet héritier que la chose eût été payée par le défunt.

Au reste, nous observerons qu'il est très prudent,

Digitized by Google

lorsqu'on donne de nouvelles quittances de ce qu'on a déjà reçu, d'ajouter ces mots : *Bien entendu que la présente quittance et celles qui ont pu être déjà données sur le même objet, ne serviront que d'un seul et même reçu*, etc. (*M. Dureau.*) *

*DOUBLE LIEN. C'est la double relation que la nature a mise entre ceux qui sont tout à la fois parens du côté du père et du côté de la mère, ou entre leurs descendans, tels que sont les frères germains et leurs enfans. Les jurisconsultes appellent *droit* ou *privilége du Double Lien* l'avantage qu'ont, suivant différentes lois, les parens ainsi unis des deux côtés, de se succéder les uns aux autres en tout ou en partie, dans de certains degrés, ou même à l'infini, en excluant de la succession les parens qui ne sont joints que d'un côté seulement.

Il est impossible de bien saisir l'esprit des lois qui subsistent parmi nous à ce sujet, sans en chercher l'origine dans les anciennes lois, ne fût-ce que pour prouver que ce droit n'est pas aussi dépendant de la représentation qu'on le croit assez communément. Mais il est plus nécessaire encore de distinguer, dans tout ce qui a rapport à cette matière, les pays de droit écrit, et les pays coutumiers. [[On verra ensuite quelles sont, sur cette matière, les dispositions des nouvelles lois.]]

Section I. *Du droit de Double Lien dans les pays de droit écrit.*

1° L'on en cherchera l'origine; 2° l'on exposera les décisions de la novelle 118, qui est la dernière loi sur cette matière; 3° l'on discutera les questions controversées à ce sujet entre les auteurs.

§. I. *Origine du droit de Double Lien.*

Le jurisconsulte Paul (1) et l'empereur Justinien (2), d'après lui, se sont trompés en disant que la loi des douze tables admettait les filles et leurs descendans à succéder indistinctement avec les mâles et leurs descendans, et que ce sont des lois postérieures qui ont exclu les descendans des filles. Il suffit de lire le texte de la loi des douze tables (3) et les fragmens d'Ulpien (4), pour se convaincre que les descendans des filles étaient exclus en ligne directe et en ligne collatérale.

Cet établissement tenait à la fois à la religion des Romains (5), au partage primitif de leurs terres (6) et à la conservation des familles. Chacune d'elles, comme l'a très bien vu M. Bynkershoeck (7), formait dans l'état même, une sorte d'état particulier dont le père était le chef. Il fallait en être membre pour y pouvoir succéder.

Cela avait fait introduire à Rome trois sortes d'héritiers: 1°. les héritiers *sient*, c'est-à-dire, les enfans légitimes, tant naturels qu'adoptifs, et leurs descendans par mâles tant qu'ils restaient dans la puissance du père de famille; 2°. à leur défaut, les parens collatéraux les plus proches du défunt, en remontant de mâles en mâles à la souche commune, et c'est ce qu'on appelait les *Agnats*; 3°. les *Gentils*, ou ceux qui étaient de la même race.

Cet ordre d'héritiers cessa bientôt d'avoir lieu; et, dès avant Justinien même, les jurisconsultes romains ne savaient pas trop ce que c'étaient que ces *Gentils* (8). Il paraît néanmoins par des passages de Cicéron (9), qu'on donnait ce nom à ceux qui, sans pouvoir prouver leur parenté, étaient reconnus parens, soit parcequ'ils portaient le même nom, sans être des affranchis de la famille, soit parceqn'ils participaient aux mêmes sacrifices domestiques.

Quoi qu'il en soit, il ne pouvait être question du Double Lien (10) dans un pareil ordre de succession, puisque tous les droits de succession dérivaient de la parenté paternelle et de la proximité du degré, sans aucune représentation en ligne collatérale. Les filles et les sœurs succédaient bien, mais non pas leurs descendans, qui étaient d'une autre famille. Il n'y avait pas non plus de succession ascendante proprement dite. Le fils non émancipé n'avait rien en propre; et le père ne succédait au fils émancipé, s'il mourait sans enfans, qu'en sa qualité de patron (11).

L'usage des testamens, qui s'introdnisit bientôt, donna les premières atteintes à ces règles. Peu de temps après, l'édit du préteur, en suivant ce qui s'y pratiquait le plus communément, appela concurremment avec les héritiers siens, les enfans émancipés; et à défaut d'agnats seulement, les parens par les femmes, que l'on appelait *cognats* (12).

Diverses lois faites pour favoriser les mariages, appelèrent ensuite les mères à la succession de leurs enfans décédés sans postérité, lorsqu'elles en avaient un certain nombre. Tel fut principalement le senatus-consulte Tertullien, fait du temps d'Ha-

(1) Lib. 4, sentent. tit. 6, *de intestat. success.*
(2) L. 15 et 15. C. *de legit. heredib.*
(3). Si intestato moritur cui *suus* heres nec extabit, *agnatus* proximus familiam habeto. Si agnatus nec esset, *gentilis* familiæ heres esto *D'autres lois des douze tables supposent la même chose.*
(4). Tit. 27. de legit. hered.
(5) Cicero, lib. 2, de legibus. Brisson, select. antiquitat. lib. 2, cap. 14.
(6) *Esprit des lois, liv.* 30, *chap.* 1.

(7). *Observat.* lib. 2, cap. 1.
(8) Qui sunt autem gentiles primo commentariorum et ultimum est, et cum illis admonerimus genitum jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco eâ de re curiosius tractare. (Collat. leg. Mosaic. et Roman. tit. 16.)
(9) De oratore, lib. 1, et topicor. cap. 6.
(10) Nec disputari potest, si de diversis matribus nascuntur, qui uno patre geniti sunt. *Gaii instit.* tit. 16, *de intest. hæred.*
(11) Gaius, Inst., tit. 6, *quibus mod. filii exeunt de potest pat.*
(12) L. 1, §. 7 et 9, l. 2 et 4, D. *unde liberi*, l. 1. pr. §. 7 et 11, D. de success. edicto.

Digitized by Google

drien (1). Il admettait la mère à succéder au préjudice des sœurs utérines, et concurremment avec les sœurs consanguines. Mais, par un reste de l'ancien droit, les frères consanguins l'excluaient (2).

Justinien supprima la condition d'un certain nombre d'enfans; et il ordonna en même temps que la mère aurait la moitié de la succession de son fils, s'il n'avait que des sœurs, et seulement une portion virile, s'il avait des frères ou des frères et des sœurs, soit qu'ils fussent germains, consanguins ou utérins (3).

Par une suite assez naturelle du sénatus-consulte, Tertullien, Antonin et Commode avaient appelé les enfans à la succession de leur mère, pour le tout et par préférence à tous ses parens collatéraux consanguins. Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius appelèrent ensuite les petits-enfans à la succession de leur aïeule, en conservant néanmoins le tiers de la succession aux agnats (4).

Il n'était point encore question du privilège du Double Lien. Quelques auteurs prétendent vainement en trouver l'origine au Code Théodosien (5), dans une constitution de Constantin, qui ne permet point aux frères *utérins* la querelle d'inofficiosité contre le testament de leur frère défunt, et qui l'accorde aux frères *germains*, en cas que le défunt ait institué pour héritiers des personnes infâmes. Mais on doit entendre ici par frères *germains*, les frères *consanguins*. C'est ce qui résulte de l'interprétation d'Amen sur cette loi, et d'une loi du Code de Justinien, où l'on emploie en effet le mot *consanguin*, au lieu du mot *germain*, en rapportant la même décision de Constantin (6).

Unéau (7), qui a bien vu que cette loi n'établissait point encore le droit du Double Lien, paraît croire néanmoins qu'on en trouve des traces dans une loi du Digeste (8), où le jurisconsulte Paul décide que le tuteur ne doit point doter la sœur que son pupille a d'un autre père, quand même elle ne trouverait pas à se marier sans cela. Mais la loi ne parle point de la sœur consanguine, elle ne parle que de la sœur utérine; et il est évident que celle-ci n'étant point du nombre des agnats du mineur, il n'a lui devait rien à la rigueur, parce qu'elle était d'une autre famille.

Justinien est donc le premier auteur des lois sur le Double Lien. Dès l'an 529, il appela les frères germains, exclusivement aux frères consanguins, à succéder aux gains nuptiaux (*rebus ex occasione maritali adquisitis*), et aux biens maternels que leur frère non émancipé avait laissés dans sa succession, biens qui n'étaient plus acquis au père en vertu de la puissance paternelle, suivant diverses constitutions des empereurs. La même loi, à défaut de frères germains, appelait les frères consanguins et ensuite le père à défaut de ceux-ci (9).

Cette loi, comme on le voit, ne parle que de l'exclusion des frères consanguins et pour les biens de l'estoc maternel seulement. Il était du moins incertain si ce privilège devait avoir lieu pour les autres biens, et contre les frères utérins qui étaient joints au défunt du côté d'où ces biens provenaient. Ce qui le prouve bien, c'est que Justinien, en accordant depuis, en 539, par la novelle 84, le privilège du Double Lien aux frères germains pour toutes sortes de biens, et contre les demi-frères, soit paternels, soit maternels, dit qu'il n'a trouvé cette question agitée, ni dans ses lois, ni dans les lois anciennes qu'il a recueillies : il cite seulement comme un préjugé sa constitution de l'an 529 (10).

Il paraît difficile de croire avec Godefroy et quelques autres jurisconsultes, que cette novelle n'ait accordé le privilège du Double Lien que pour les acquêts. Ses expressions semblent générales, elles ne rappellent en rien la règle *paterna paternis* que l'on trouve établie dans le Code (11), et qui était une suite de ce que les droits de la parenté paternelle et ceux de la parenté maternelle n'étaient pas encore les mêmes à bien des égards, quoiqu'ils fussent assimilés dans plusieurs points.

Justinien promulgua différentes autres lois (12), qui s'écarteut de plus en plus de l'ordre ancien des successions, mais qui n'ont point de rapport au droit du Double Lien. Enfin ce prince, *qui*, suivant l'expression de Vinnius (13), *n'eut point de repos jusqu'à ce qu'il eût confondu toutes les différences des deux sexes, de l'agnation et de la simple parenté*, fit une loi générale pour régler l'ordre des successions dans la novelle 118.

Ce n'est point ici le lieu d'expliquer comment, lors de la conquête des Gaules, les provinces les plus florissantes et les plus voisines de l'Italie conservèrent les mœurs, les lois et même en quelque sorte le langage de Rome, avec peu de variations, tandis que tout cela fut bouleversé dans les provinces septentrionales; ni comment, à la renaissance des lettres, on substitua au Code Théodosien, qui seul avait en force de loi dans l'occident, le corps de droit composé par les ordres de Justinien. La novelle 118 fut adoptée comme tout le reste, et c'a été depuis ce temps la règle des successions dans les pays de droit écrit.

(1) Inst. *de senat. Tertull.*
(2) L. ult. C. *ad senat. Tertull.*
(3) §. 5, instit. *de senat Tertull.*
(4) C. *ad senat. Orph.*
(5) L. 1. C. Theod. *de inoff. testam.*
(6) L. 27, C. *de inoff. testam.*
(7) De jure præcipuo duplicis vinculi, cap. 3.
(8) Tutor. . . . non debit dotem sorori *alio patre natæ*, etiamsi aliter ea nubere non potuit. Nam etsi honestè, ex liberalitate tamen fit, quæ servanda arbitrio pupilli est. l. 12, D. *de administr. et pericul. tutor.*

(9) L. 11, C. *commun. de successionnibus.*
(10) *V. aussi la parahrase de Julien, constitution* 118.
(11) L. 4, C. *de legit. hered.*
(12) *V.* sur-tout les lois 14 *et* 15, C. *de legitimis hered.*
(13) Sur le §. 4, instit. *de legit. adgn. tut.*

Digitized by Google

§ II. *Exposition des décisions de la novelle* 118, *relativement au Double Lien.*

En examinant avec soin cette novelle, on voit que Justinien n'a pas seulement entendu y faire quelques dérogations à l'ancien droit, en conservant d'ailleurs les autres règles de l'ordre des successions *ab intestat*, auxquelles il ne renvoie point, comme l'ont cru quelques auteurs, mais tracer un système général de succession, en abrogeant toutes les lois précédentes faites pour régler les droits des agnats et des cognats. C'est ce qu'il dit précisément dans sa préface.

La novelle 118 a six chapitres. Le premier appelle les descendans en quelque degré qu'ils soient, et sans distinction de sexe, à partager exclusivement entr'eux la succession de leur auteur, par têtes, s'ils sont au premier degré, et par souches dans les degrés ultérieurs.

Le second chapitre préfère les ascendans aux collatéraux. Il excepte seulement les frères germains, qui concourent seuls avec les ascendans et partagent avec eux la succession par têtes. La novelle 127 a depuis admis les enfans des frères germains à les représenter à cet égard. Lorsqu'il n'y a point de frères germains, les ascendans du degré le plus proche excluent ceux du degré le plus éloigné; et s'il y a plusieurs ascendans au même degré, ils partagent entr'eux également, en sorte néanmoins que la moitié de la succession soit pour les ascendans du côté du père, et l'autre moitié pour ceux du côté de la mère.

Le troisième chapitre concernant l'ordre des successions en ligne collatérale, est celui qui parle plus particulièrement du droit de Double Lien. 1°. A défaut de parens descendans et ascendans, il appelle concurremment à la succession les frères et sœurs germains. 2°. S'il y a des ascendans, il les fait concourir avec eux; et la novelle 127, comme on vient de le dire, accorde le même droit aux enfans des frères germains. 3°. Il appelle à leur défaut les demi-frères du défunt. 4°. Si le défunt laisse des neveux ou des nièces, avec des frères ou des sœurs, ils partagent par souches la succession avec leurs oncles paternels ou maternels. 5°. Si le père des neveux ou nièces était frère germain du défunt, et que les frères ou sœurs survivans lui soient unis seulement d'un côté, les neveux, quoiqu'au troisième degré, seront préférés, comme l'aurait été leur père, à leurs oncles, bien que ceux-ci fussent au second degré avec le défunt. 6°. Au contraire, si les oncles survivans sont frères germains du défunt, et les neveux seulement fils d'un demi-frère, les frères excluent les neveux comme ils en auraient exclu le père. 7°. Ce privilège de succéder aux droits de leurs père et mère, est restreint eu ligne collatérale (*in hoc ordine cognationis*) au seul degré des neveux et nièces. Tous les autres parens ne peuvent le réclamer. 8°. Il doit seulement avoir lieu quand les neveux ou nièces concourent avec leurs oncles ou leurs tantes. 9°. Les neveux et nièces, même germains, ne concouraient point avec les ascendans du défunt, suivant la novelle 118, ce qui leur a néanmoins depuis été accordé par la novelle 127. 10°. Le privilège accordé aux nevenx et nièces de représenter leur père ou leur mère, à l'effet de concourir avec les frères et sœurs du défunt dans sa succession, leur donne le droit d'exclure les oncles et les tantes du défunt, quoiqu'ils soient, comme eux, au troisième degré. 11°. Enfin, quand le défunt n'a laissé ni frères, ni neveux, comme on l'a dit, les collatéraux du degré le plus proche sont appelés à la succession, qu'ils partagent entr'eux par têtes, s'il se trouve plusieurs parens du même degré.

Dans le quatrième chapitre, la novelle 118 abroge sans exception tous les droits et les avantages particuliers que les agnats avaient autrefois sur les cognats. Le cinquième chapitre règle les tutelles, suivant ce nouvel ordre de succession. Enfin, le chapitre 6 et dernier, parmi les anciennes lois faites sur cet objet, ne conserve d'autorité qu'à celles qui ont été faites contre les hérétiques; et Justinien ordonne que toutes les questions nées depuis le mois de juillet soient jugées suivant le nouveau droit, et les autres suivant les anciennes lois. Les anciennes lois sur l'ordre des successions romaines sont donc bien nettement abrogées aujourd'hui, et cela seul repond à l'opinion de ceux qui prétendent, en vertu de la novelle 84, que le Double Lien ne doit s'étendre qu'aux meubles et aux acquêts, et que chaque ligne doit succéder aux propres de son estoc.

§. III. *Questions non décidées par la Novelle.*

I. Lorsqu'avec des neveux du défunt, dont les uns sont joints des deux côtés, et les autres joints seulement d'un côté avec lui, il se trouve un frère du défunt, joint aussi d'un seul côté, l'on doutait autrefois si, après que les neveux joints des deux côtés avaient fait usage de la représentation, pour exclure le demi-frère du défunt, ce droit de représentation introduit, pour cet usage seulement, ne devait pas cesser d'opérer, et si les neveux joints d'un seul côté, ne pouvaient pas venir de leur chef partager avec eux la succession. L'on doutait encore si, dans le même cas, les neveux partageaient entr'eux la succession par souches ou par têtes.

On tient généralement aujourd'hui, que l'effet de la représentation ne peut être divisé quand une fois elle a été admise dans la succession; et que lorsque les neveux issus d'un frère germain du défunt ont exclu ainsi leur oncle demi-frère du défunt, de sa succession, ils doivent en exclure par la même raison leurs cousins, fils d'un demi-frère du défunt, de même que leur père en aurait exclu le père de celui-ci, et qu'ils doivent partager entr'eux par souches et non par têtes, puisqu'ils ne viennent à la succession que par le bénéfice de la représentation.

Digitized by Google

II. La novelle 118 fait bien exclure par les frères germains, et même par leurs fils, les demi-frères du défunt; mais elle ne décide point nettement si les fils des frères germains excluent les fils des demi-frères, lorsqu'il n'y a point de frère du défunt qui concourt avec eux.

Cette question a d'autant plus été controversée, que l'on a douté long-temps si les cousins-germains, neveux du defunt, venant ensemble à sa succession, devaient succeder par souches ou par têtes, ce qui dépendait du point de savoir s'ils succederaient par représentation. Si le parti de la représentation l'eut emporté, on n'aurait guère pu s'empêcher d'admettre, en ce cas, le Double Lien, parceque la novelle 118 l'admet en cas de représentation, et que du moins dans le droit romain, la représentation donne les droits ainsi que le rang des personnes représentées.

Un arrêt solemnel a tranché cette première difficulté. Il a jugé, conformement à l'opinion d'Azon, et l'on ne craint pas de le dire, suivant le texte de la novelle, quoiqu'il ait été contraire à l'avis de Bartole, de Dumoulin et d'un grand nombre d'autres jurisconsultes, qu'il n'y avait point lieu dans ce cas à la representation. Cet arrêt a depuis été confirmé par un si grand nombre d'autres rendus dans tous les parlemens, que cela ne peut plus former de doute aujourd'hui. *V. Représentation.*

Cependant, la question du Double Lien n'a point été terminée par-là. Beaucoup d'auteurs ont prétendu que le Double Lien n'en devait pas moins avoir lieu au profit des fils des frères germains, contre les enfans des demi-frères. Le simple bon sens, disent-ils, nous apprend que si les frères joints des deux côtés excluent leur oncle, frère du defunt, qui n'etait joint que d'un côte, bien qu'il fût plus proche d'un degré que ses neveux, sur la seule faveur du Double Lien, ils doivent, à plus forte raison, exclure les enfans de ce frere du défunt, qui n'ont pas l'avantage de la proximite du degré, et qui ont bien certainement le désavantage de tenir au défunt par un lien de moins que les enfans des frères germains.

Il ne faut point, ajoute Guyné, confondre la question du Double lien dont il s'agit ici, avec celle de la representation. Il y a une raison pour le privilège du Double lien entièrement independante de la representation, c'est que ce privilege est établi par la novelle, dans le cas même de l'egalité de degré, au profit des frères germains contre les demi-frères. Ainsi l'egalité du degre ne peut jamais empêcher son effet.

Bien loin d'ailleurs qu'on puisse considérer le Double Lien comme un droit rigoureux et exorbitant, on doit, au contraire, le considérer comme un droit favorable. Il est adopte par une foule de coutumes. Il paraît fondé en raison. Car si la proximité du degre fait preferer tels parens a tels autres parens, la Double parente qui subsistait entre le défunt et les fils de ses freres germains, doit l'emporter de même sur la parente beaucoup moins étroite qui subsiste entre lui et les enfans de ses demi frères. Si l'on ne trouve point dans la novelle 118 de disposition précise qui donne cette préférence aux enfans des frères germains, contre les enfans des demi-frères, il y en a assez néanmoins pour connaitre que c'a été la pensée et la volonté du législateur. En donnant la preference aux frères germains contre les demi-frères, quoiqu'ils fussent en egalité de degré, en la donnant à l'enfant du frère germain contre son oncle, demi-frère du défunt, malgré la proximité du degré de l'oncle, Justinien ne semble-t-il pas nous inviter à tirer la consequence qu'à plus forte raison il a voulu préferer l'enfant du frère germain à l'enfant du frère consanguin on utérin, qui est dans un degré plus eloigné que son père?

Outre Guyne, qui a développé cette opinion avec tant de force, elle a été adoptee par le célebre Cujas, par Godefroy, Benedicti, Chopin, Coquille, par Umeau et Miguot, dans leurs Traités du Double Lien, et par une foule de commentateurs.

Le sentiment opposé ne manque pas de partisans. Il a pour lui Le Brun, d'Olive, Ferrières sur Guy-Pape, Lonet et Brodeau, Vaslin sur la coutume de La Rochelle, et beaucoup d'autres commentateurs. Ils soutiennent tous que, d'après le texte de la novelle 118, les neveux issus d'un frère germain n'ont droit d'exclure leur oncle, lorsqu'il est simple demi-frère du defunt, que parceque, succedant alors par representation de leur père, ils entrent dans son lieu et place, et sont par consequent en etat d'exercer les droits qu'il exercerait lui-même s'il vivait, *præponuntur sicut eorum parens præponeretur si viveret;* et que, dès qu'il est reconnu que la representation n'a point lieu quand il n'y a que des neveux appelés à la succession du défunt, il ne peut plus être question entre eux du Double Lien, qui ne passe pas les termes de la representation.

Il faut convenir que ces raisons ne lèvent pas tous les doutes. On peut dire même qu'elles tournent dans un cercle vicieux, puisqu'elles supposent ce qui est en question, savoir que le Double Lien dépend de la représentation. Ce principe n'est point général, puisque le Double Lien est admis sans representation entre frères, et lors même que ce privilège a lieu de la part des neveux contre les oncles, quoiqu'ils representent en ce cas leur père; c'est toujours en vertu de la plus étroite parenté qui subsistait dans la personne de leur père, et non pas uniquement en vertu de la representation, qu'ils excluent leurs oncles. Cela est si vrai, que les enfans des demi-frères, qui sont aussi habiles à representer leur père que les enfans des frères germains, sont exclus par le frère germain du defunt. Or, quoi qu'on dise, cette plus etroite parenté avec le défunt se rencontre également entre ses neveux et lui.

Si Justinien, dans sa novelle, dit expressément que les fils des frères germains n'excluent les fils des demi-frères que comme leur père l'aurait fait, c'est qu'il parle dans une supposition où il n'y a

Digitized by Google

pas égalité de degre, et où par conséquent la représentation est nécessaire, pour que les neveux viennent à la succession. Cette raison n'est plus applicable au cas où il n'y a pas d'oncle; il faut alors en revenir à considerer le lien de parente plus ou moins etroit qui subsiste entre les pretendans à la succession; et le Double Lien doit, ce semble, l'emporter.

Cependant la jurisprudence des arrêts est absolument pour la derniere de ces opinions. D'Olive en rapporte quatre de son parlement. La Peyrère et ses annotateurs en citent d'autres du parlement de Bordeaux. Du Rousseaud de la Combe date aussi un arrêt du 22 avril 1612, rendu dans la coutume de Chartres, conforme, à cet egard, au droit écrit, et l'on ne connait point de jurisprudence contraire dans aucun parlement du royaume.

Il faut donc se contenter de dire avec Henrys, tom. 1, liv. 5, quest. 561, que *s'il fallait s'arreter plutôt à la raison qu'à la loi, ou qu'il nous fût permis d'en faire une nouvelle, nous étendrions la faveur du Double Lien aux enfans des freres, quoique seuls et sans aucun concours d'oncles, ou nous la refuserions aux enfans au frère germain, contre le frere qui n'est joint que d'un côté.* Le premier parti a été adopté dans le *Code Frederic*, part. 2, liv. 6, tit. 5, §. 4 et 5.

III. Ceux qui tiennent que le Double Lien suit la representation, ne doivent pas avoir de peine à convenir qu'entre deux oncles ou tantes appelés à la succession de leur neveu, il n'y a pas non plus lieu au Double Lien, parceque ce n'est point là le cas de la representation, et que les oncles ou tantes partagent par têtes entre eux.

Tel est l'avis de Guyne. Cujas même, qui d'ailleurs a defendu avec beaucoup de force le Double Lien lorsque le defunt n'a laissé que des neveux, reconnait que ce privilège n'a point lieu entre les oncles du défunt.

Cependant Brodeau sur Loucl, lettre S, §. 17, rapporte un arrêt du dernier juillet 1607, qui, dans le cas du concours des oncles, dont les uns étaient joints des deux côtes au pere du défunt, et les autres joints seulement d'un côté, appointa les parties au conseil.

La même question se présenta au bailliage de Forez, en 1615, entre deux tantes, l'une germaine et l'autre consanguine. Elle fut discutée de part et d'autre avec beaucoup d'erudition et de jugement. On soutenait, en faveur du Double Lien, que ce droit, fondé sur la plus grande intimité qui resulte d'une connexion *geminée*, dérivait de la nature même; que Justinien, dans sa novelle 84, a pose la maxime, qu'en pareil cas *duo vincula fortiora sunt uno.* On pouvait dire, ajoutaient les defenseurs de cette opinion, que si Justinien ne s'était pas explique sur les oncles comme sur les frères et les neveux lorsqu'ils concourent ensemble, c'est ou qu'il supposait que la consequence procédait d'elle-même, ou parcequ'il n'a pas eu ce cas present à l'esprit, lorsqu'il a compose ses novelles; l'ordre de la nature ouvrant plus rarement une succession en faveur des oncles qu'en faveur des frères ou neveux. Cujas convient lui-même, dans la consultation qu'il a faite contre les oncles, que l'équité est pour eux.

On répondait à toutes ces prétentions de la part de la tante jointe seulement d'un côté, en disant que Justinien, par la novelle 118, n'ayant innové que pour les freres et les enfans des frères dans le cas de la représentation, on demeurait aux termes de l'ancien droit pour tous les autres degres de la ligne collatérale, et que Justinien même s'était assez explique en décidant, à la fin du chapitre 3 de la novelle 118, que lorsqu'il n'y avait ni frères ou sœurs, ni neveux ou nieces du defunt, la succession devait aller aux parens les plus proches, *secundùm uniuscujusque gradûs prærogativam, ut viciniores gradu tantùm præponantur*, et que c'était à cette seule proximité de parenté qu'il fallait alors s'arrêter.

Quoique le bailli de Forez eût donné sa sentence en faveur du Double Lien, et que dans le fait la tante germaine eût seule recueilli tous les biens de la succession dont elle avait joui durant vingt-huit ans sans aucun trouble de la part de sa sœur consanguine; l'arrêt rendu le 26 mai 1618, en la cinquième chambre des enquêtes, ordonna le partage égal de la succession entre la tante germaine et la fille de la tante consanguine, qui était décedee dès avant le commencement de l'instance.

Henrys, en rapportant cet arrêt, dit que *la sentence du bailli de Forez, lequel un peu trop hardiment et par-dessus le pouvoir des premiers juges, avait fait extension de la loi, ayant été infirmée, on peut dire que le bailli avait fait ce qu'il ne devait faire, et que la cour au contraire n'a pas voulu ce qu'elle pouvait plutôt faire.*

Le même auteur et ses annotateurs ajoutent que la même chose a été jugée au parlement de Toulouse, suivant Maynard, d'Olive et Cambolas, et au senat de Frise, ainsi que l'assure Jean à Sande, *lib. 4 decisionum, tit. 8, cap. 2.*

A toutes les raisons que l'on a ci-dessus exposées, on peut en ajouter une dernière, pour justifier notre jurisprudence sur les deux questions que l'on vient de discuter. Si l'on ne bornait pas le Double Lien au degre des frères et sœurs, et de ceux qui sont à leurs droits par le benéfice de la représentation, il n'y aurait pas de motif qui pût le restreindre aux enfans des frères, aux oncles ou à tel autre degre que ce soit. Mais, indépendamment des contestations qui résulteraient de ce droit, si on l'étendait jusqu'à l'infini, la novelle 118 annonce si peu un pareil but, qu'aucun auteur ne parait l'avoir soutenu.

IV. Vaslin, sur la coutume de la Rochelle, prétend que la même décision doit avoir lieu lorsqu'il est question de partager entre un oncle du defunt qui ne lui est joint que d'un côté, et le neveu qui lui est joint des deux côtes.

Il estime donc que dans ce cas il ne faut point

Digitized by Google

considérer le Double Lien, parcequ'il n'y a point alors de représentation.

Mais quoique la novelle ne parle que du concours des oncles et des neveux, lorsqu'elle accorde à ceux-ci le droit de représentation, il s'en faut de beaucoup qu'il soit generalement reconnu qu'elle n'a point lieu quand les neveux du défunt concourent avec ses oncles.

Selon Domat le texte de la novelle 118 a si naturellement ce sens, de preferer toujours les neveux du défunt à ses oncles, qu'il ne semble pas qu'on puisse lui en donner d'autre, puisqu'il y est dit premièrement que les neveux sont considérés comme étant au degré de leurs pères par le droit de representation, et en second lieu que les neveux du defunt sont préférés à ses oncles; ce qui ne serait pas vrai, si les oncles pouvaient concourir avec les neveux, et s'ils n'étaient exclus que par les frères.

Reste à savoir si la novelle 118 a entendu cela indéfiniment, ou seulement dans le cas du concours des frères et des neveux du defunt.

Bretonnier, dans ses questions alphabétiques, au mot *Succession*, assure que tous les docteurs, Accurse, Barthole, Balde, Cujas, Godefroy tiennent indéfiniment pour la preference des neveux à l'oncle; il ajoute que cela se juge ainsi au parlement de Toulouse, suivant Catellan, tome 1, liv. 2, chap. 66.

La question de savoir si les oncles du défunt sont exclus par ses nevenx, sera plus approfondie au mot *Représentation*. Il est évident d'après la jurisprudence exposée sur les deux questions précédentes, laquelle fait marcher la représentation et le Double Lien d'un pas egal, que, suivant l'avis de Bretonnier et les autorités qu'il cite, les neveux du defunt qui lui sont joints des deux côtés, doivent exclure ses oncles qui ne lui tiennent que du côté du père ou de la mère seulement; et il en serait ainsi des neveux mêmes du défunt qui ne lui sont joints que d'un seul côté, si l'on suit l'opinion de Domat, de Bretonnier et de Guyné, parceque leur père aurait exclu l'oncle du defunt. Mais cette question est, comme on le voit, indépendante du droit de Double Lien.

V. A plus forte raison doit-on décider que le Double Lien n'a point lieu lorsqu'il est question de la succession d'une personne qui n'a pas laissé de plus proche parent que son oncle qui ne lui est joint que d'un côté, et des cousins-germains qui lui sont joints des deux côtés. Toute la succession doit appartenir à l'oncle du defunt qui est dans un degré plus proche que ses cousins-germains. Il est au troisième degré, et ils ne sont qu'au quatrième, c'est ce que décide Guyné d'après Alexandre.

VI. L'on pourrait faire ici une question singulière, qui ne parait point avoir été traitée par les auteurs. Un homme a trois enfans; deux d'entr'eux épousent les deux sœurs, et laissent chacun un fils. L'autre se marie aussi dans une autre famille, et laisse pareillement un fils de son mariage. Après la mort des trois frères, le fils de l'un de ceux qui avaient epousé les deux sœurs, décède sans postérité. De ces deux cousins-germains, l'un est son parent du côté de père et mère, l'autre n'est son parent que du côté du père. Le cousin-germain des deux côtés exclura-t-il celui qui ne sera joint que d'un côté?

Il y a lieu de croire que cette sorte de Double Lien, quoique très frappante, ne serait point admise, parceque les lois ne l'ont point prévue, et qu'on ne regarde ce droit que comme une prérogative qui ne peut avoir lieu que dans les termes du droit.

VII. Du Rousseaud de Lacombe décide d'après Fachinée, *lib. 4, cap. 86 et 87*, que le Double Lien n'a point lieu dans la substitution pupillaire, lorsque les enfans de differens lits ont été institués conjointement, ni en la fidéicommissaire, lorsque la substitution est faite entre les enfans tant du premier que du second lit, en cas que l'un d'eux meure sans enfans, et cela ne paraît pas offrir de difficulté. Mayuard, dans ses *Questions de Droit*, liv. 5, chap. 43, assure que la même chose a été jugée par deux arrêts du parlement de Toulouse, dans le cas d'une substitution réciproque faite par un père entre ses enfans de divers lits.

Section II. *Du droit du Double Lien dans les pays coutumiers.*

On examinera, 1°. l'origine de ce droit; 2°. quelles sont les personnes qui en jouissent; 3°. à quelles sortes de biens il s'etend.

§. I. *Origine de ce Droit.*

On pense communément que la prérogative des parens germains sur les parens simplement consanguins ou utérins, nous vient entièrement des lois romaines, avec le droit de représentation en ligne collatérale. Mais, quoique la connaissance des lois romaines, fruit de la découverte du Corps de droit de Justinien, ait en effet introduit ou modifié le droit du Double Lien dans plusieurs de nos coutumes, il s'en faut de beaucoup que cela en soit la seule origine.

Le droit du Double Lien renfermé dans ses justes bornes, et la représentation même en ligne collatéraie sont si conformes à la raison, et s'offrent si naturellement à l'esprit, qu'il est presqu'impossible qu'ils ne s'établissent pas dans la plupart des societés à mesure qu'elles se polissent; aussi le Double Lien est-il admis de manière ou d'autre, dans la plus grande partie de l'Allemagne (1), en Angleterre (2), en Ecosse (3), et dans d'autres pays où l'on suit un

(1) *Jus provinciale Saxonicum, lib. 1, art. 3; et lib. 2, art. 20. Jus Suevicum, etc.*

(2) *Analysis of the laws of England by W. Blackston B. 2, chap. 3, §. 7 et 8, et chap. 12, §. 4 et 5.*

(3) *Institutions of the laws of Scotland by sir G. Mackenzie. Book 3, tittle 8 et 9.*

Digitized by Google

ordre de succession absolument différent de celui qui est tracé par les lois de Justinien.

Si l'on ne trouve aucune trace de ce droit de Double Lien dans les lois athéniennes (1), ni dans le peu de monumens qui nous restent des lois des anciens peuples, c'est qu'on n'y admettait point les filles ou leurs descendans à concourir avec les mâles et leurs descendans mâles dans le partage des successions. Périzonius a prouvé que cette exclusion des femelles et de leurs descendans avait lieu chez les Hébreux, les Chaldéens, les Arabes, les Arméniens et les Grecs (2). Mais il n'est point nécessaire, pour expliquer cela, de supposer que tous ces peuples ont une même origine.

Rien n'est plus naturel dans l'enfance des sociétés que d'exclure de la succession aux biens de la famille, moyennant une dot ou même sans dot, un sexe destiné par la nature à passer dans une famille étrangère, et qui ne peut donner de postérité légitime que par ce changement de famille.

Les premières lois des conquérans des Gaules rentraient beaucoup dans ce système. Leur esprit général était d'exclure les femelles des successions, soit pour le tout, soit pour la majeure partie, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, ou du moins de ne les y admettre qu'à défaut de mâles. Ce droit subsiste encore dans bien des pays.

La loi des Bourguignons, tit. 14, §. 1, n'admettait les filles à succéder à leur père et à leur mère, qu'à défaut de mâles. Des lois semblables subsistaient chez les Lombards (liv. 2, tit. 14, §. 9); les Saxons (tit. 7, §. 1); les Allemands (tit. 88); les Bavarois (tit. 14, chap. 8, §. 1.), et les Thuringiens (*Angliones et Werinos.*)

Il est difficile de bien saisir le sens de la loi salique, qui a été sensiblement altéré dans l'article relatif aux terres saliques, comme l'a prouve M. Ecard (3). Mais il y a lieu de croire qu'elle excluait les femelles au moins de la succession des biens *avitins* ou propres. C'est la disposition précise de la loi des ripuaires (4) à laquelle la loi salique est conforme presque dans tous ses points; et une formule jointe au Recueil de Marculfe, dit expressément que, suivant la loi salique, les filles ne succédaient point avec les garçons aux biens allodiaux (5).

(1) V. le tit. 56 dans le recueil grec et latin de Petit.

(2) *Dissertat. de lege Voconiâ, p.* 109.

(3) On lit, suivant son manuscrit : *de terrâ verò illâ* [salicâ] *quod muliere hereditas est, sed ad vero exego frater fuerat tota permaneat.* Les autres éditions ont été corrigées d'une manière peu sûre.

(4) *Dum virilis sexus extiterit, femina in hereditatem avitaticam non succedat. tit.* 56, §. 3.

(5) *Dulcissimæ atque omnibus amantissimæ filiæ meæ illi, ego vir magnificus ille, omnibus non habetur incognitum quod*, SICUT LEX SALICA CONTINET, *de rebus meis, de eo quod mihi ex alode patentum meorum obvenit apud germanos tuos, filios meos, minimè in he ēditate succedere pote as.* (Formulæ veteres incerti autoris, in Marculphi appendice, cap. 49.) Cela semble supposer que les terres saliques n'étaient rien autre chose, que les biens propres que l'on appelait aussi *aleuds*. V. les formules de Marculfe, liv. 2, ch. 12; et le tit. 69, §. 6, de la loi salique.

Il n'y avait donc, parmi les lois barbares, que celle des Visigoths qui admît les filles à la succession de leurs parens, concurremment avec les mâles, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale (6). Mais M. de Montesquieu a très bien observé que cette loi, telle que nous l'avons, avait été refondue par les conseils du clerge, suivant les principes des lois romaines (7).

La plupart de ces lois, à défaut d'enfants ou d'autres descendans, appelaient les ascendans seuls à la succession (8); et toutes préféraient en collatérale la ligne paternelle à la ligne maternelle.

La loi salique, à défaut de père ou de mère, appelle les frères ou les sœurs, puis les sœurs du père, puis celles de la mère, et après elles *les parens les plus proches de la ligne paternelle* (9). D'où l'on peut conclure qu'en nommant les frères ou les sœurs, elle n'appelle les sœurs qu'au défaut des frères, et qu'elle préfère les frères et les sœurs qui sont joints du côté paternel, soit qu'ils soient germains ou simplement consanguins. La loi des ripuaires a du moins de semblables dispositions sur les propres (10).

La loi des Thuringiens n'admettait les parens maternels à la succession des fonds de terres, qu'autant qu'il ne se trouvait pas de parens paternels au cinquième degré; et alors les femelles du degré le plus proche, soit qu'elles fussent de l'estoc paternel ou maternel, recueillaient toute l'hérédité (11). Les autres lois ont le même système; le plupart donnent seulement aux filles les meubles destinés à leur habillement ou à leur parure.

Ce n'est point ici le lieu d'examiner si ces lois sont la source du droit coutumier sur les propres; mais on voit que l'exclusion des femelles par les mâles en égal degré, du moins pour les biens les plus importans, ne laissait guère de place au droit du Double Lien. On en trouve quelques traces dans les lois des Lombards, qui paraissent avoir admis les filles ou plutôt leur mari, ou leur tuteur, même étranger, à concourir avec les mâles. Ce tuteur (Mundwaldus) exclnait tous les agnats, à l'exception des fils nés du même lit que sa pupille, de son père et de ses sœurs (12). Mais ce droit tenait à des

(6) *Lib.* 4, *tit.* 2, §. 9.

(7) *Esprit des lois, liv.* 28, *chap.* 1.

(8) *Lex Saliea, tit.* 62, §. 1. *Lex Ripuaria, tit.* 6, §. 1. *Lex Wisigothor. Lib.* 4, *tit.* 2, §. 2 *Vide tamen leg. Burgund. tit.* 14, §. 2.

(9) *Si pater aut mater non superfuerint, et fratres vel sorores reliquerit ipsi hæreditatem obtineant. Quod si nec isti fuerint, sorores patris in hæreditatem ejus succedant; si verò sorores patris non exterint, sorores matris ejus hæreditatem sibi vindicent. Si autem nulli horum fuerint*, quicumque prox miores fuerint de paternâ generatione, *ipsi in hæreditatem succedant.* [§. 2, 3, 4 et 5, tit. 62.] La particule *vel* est ici disjonctive et non pas conjonctive.

(10) *Dict. tit* 56, §. 3.

(11) *Tit.* 6, §. 5.

(12) *Lib.* 2, *tit.* 14, §. 24.

Digitized by Google

singularités qui exigeraient seules une dissertation.

La représentation était pareillement inconnue, même en directe, et à plus forte raison en collatérale. Childeswinthe l'introduisit parmi les Wisigoths, et Childebert parmi les Francs (1).

Le clergé, qui eut bientôt tant de crédit dans les affaires civiles, et qui les attira presque toutes à ses tribunaux, accoutumé aux lois romaines, fit trouver la loi de l'exclusion des filles par les mâles injuste et inhumaine (2). L'usage s'introduisit donc de rappeler les filles aux successions en ligne directe avec les descendans mâles; et cet usage eut bientôt force de loi, comme il arrive à tous ceux qui durent long-temps parmi des peuples nouveaux. Il fallut alors distinguer les deux lignes du père et de la mère, et régler l'ordre de succéder à chacune d'elles en conséquence. De là sortirent deux espèces de droits de Double Lien, l'un en directe, l'autre en collatérale, absolument différens de celui qui est établi par les lois romaines.

Quoiqu'il soit impossible de bien suivre l'histoire des successions durant les siècles les plus obscurs de notre histoire, faute de monumens suffisans, on sait du moins que l'introduction de la patrimonialité des fiefs fit naître de nouvelles regles pour ce genre de biens. L'inhabileté des femmes au service militaire, le désir de conserver les familles, firent exclure les filles de cette partie des successions; et des raisons à peu près semblables firent exclure les cadets par leur aîné pour le tout ou pour la majeure partie : enfin, le père veuf, qui avait des enfans du premier lit, pour ne leur point faire de tort, n'épousait guère en secondes nôces qu'une femme d'un rang inférieur, sous expresse condition qu'elle et ses enfans n'auraient à prétendre, à titre de douaire on de succession, qu'une somme assez modique. Cet usage subsiste encore en Allemagne, où l'on appelle ces sortes d'alliances, mariages de la main gauche, ou *ad morganaticam* (3). On s'accoutuma donc à regarder les enfans de deux lits différens, parmi les nobles, comme formant deux familles différentes, même relativement aux biens du père commun, et les veuves ne se remariaient guère.

D'autres usages firent établir le même principe parmi les roturiers. Reduits en servitude dans une grande partie de la France, ils n'avaient pas plus le droit de disposer de leurs biens que de leur personne, et leur succession appartenait aux seigneurs. Si cette règle reçut une exception ou peut-être une dérogation dans les siècles suivans, c'était seulement en faveur de ceux qui demeuraient ensemble. De là l'ancien usage, dans la prévôté de Paris, d'exclure de la succession les enfans sortis de *celle* (4), c'est-à-dire, de la maison paternelle. La difficulté des travaux pour le défrichement des terres, l'absence totale du commerce, la crainte des excès et des violences qui n'étaient que trop fréquens, ajontaient de nouveaux motifs à l'utilité de ces associations. Il y avait donc plutôt des communautés on des sociétés, que des parentés et des successions.

Les portions dans la communauté se réglèrent, non suivant le nombre des individus, mais suivant celui des chefs qui y avaient été admis. Les fils de chaque lit, qui représentaient leur père ou leur mère, étaient naturellement portés à regarder ceux d'un autre lit comme des étrangers; c'étaient comme deux maisons différentes dans la famille : lors de la dissolution de la communauté ou de l'ouverture d'une succession commune, les biens se partageaient par souches entre ces enfans de différens lits.

Le chap. 135 du premier livre des établissemens de saint Louis nous apprend que cela avait lieu

(1) Son décret qui est de l'an 595 se trouve à la fin de la loi salique. Je crois que Guyné dans son *Traité de la représentation*, page 7, et Laurière (qui d'ailleurs a si bien mérité de notre ancien droit français), dans ses *notes sur Loysel*, liv. 2, tit. 2, règle 5, se sont trompés lorsqu'ils ont dit que le décret de Childebert ne s'est jamais observé chez les Francs. Laurière cite, pour le prouver, le chap. 10 du liv. 2 des formules de Marculfe, qui contient un modèle de rappel fait par un aïeul, pour faire succéder les enfans de sa fille, avec leurs oncles fils de cet aïeul. Ce rappel, dit-on, n'eût point été nécessaire, si la représentation eût eu lieu.

On a vu ci-dessus qu'en égal degré les femelles étaient exclues de la succession par les mâles, parmi les Francs. La formule 12 du livre second des Marculfe le suppose bien, puisqu'elle contient le modèle d'un rappel pour les filles. Quand donc, dans la formule 10 du même livre, un père rappelle les enfans de sa fille, pour les rendre habiles à lui succéder avec leurs oncles pour telle portion que leur mère aurait pu recevoir dans son alleu, *quidquid suprà-dicta genitrix vestra, si mihi superstes fuisset, de alode meâ* RECIPERE POTUERAT, il parle dans la supposition où sa fille aurait pu succéder au moyen du rappel qu'il aurait fait en sa faveur, comme il paraît qu'il était d'un usage fréquent de le faire au temps où ces formules ont été composées. Comme la fille elle-même n'aurait pu succéder sans ce rappel, il fallait bien aussi rappeler ses enfans pour qu'ils pussent succéder en sa place, lorsque le rappel n'avait pas eu lieu en sa faveur. Mais il ne s'ensuit pas de là que la représentation ne fût pas admise en ligne directe. Il s'ensuit seulement que la représentation ne produisait aucun effet, dans ce cas-là, parceque les représentans n'avaient pas plus de droit que la personne représentée, qui n'en avait aucun par sa qualité.

On doit ajouter que cette formule ne parle que des enfans des filles et de leurs oncles, et non pas des enfans des mâles et de leurs tantes. Le titre de la formule n'y est point contraire, quoiqu'il contienne les mots suivans: *epistola cum in loco filiorum nepotes instituuntur ab avo.* Ces mots *in loco filiorum* ne signifient rien autre chose, sinon qu'on donne aux neveux par les filles les droits qui appartiennent naturellement aux enfans mâles. C'est ainsi qu'on lit au titre 14, §. 1 de la loi des Bourguignons : *si quis filium non reliquerit*, in loco filii, *filia in patris matrisque hereditate succedat.*

On peut appliquer ces observations à une autre formule du recueil du père Sirmond pour les pays de droit écrit, que cite aussi Laurière.

(2) Les formules de Marculfe et des autres auteurs appellent cet usage impie et inique, *impia et iniqua consuetudo.*

(3) Voyez la règle 25 du tit. 5 du liv. 4 de Loysel, avec les notes de Laurière.

(4) *Décision* 236 de *maître Jean des Mares.*

Digitized by Google

pour les acquêts parmi les roturiers : « Se aucuns homs coutumier (y est-il dit) a eu deux fames, li enfans de chescune des meres si prendront autre tient li uns, comme li autres en la terre de par le pere; et si l'une des fames avoit eu deux seigneurs, li enfans si auroient en la terre de par la mere autre tient li uns, comme li autres, et se aiusi estoit que entre le seigneur et la premiere fame eusseut fait achat, *li enfant de la premiere fame, si auroient tuit seul la moitié par la reson de sa mere, et l'autre partie si sera partie entre les premiers et les derniers, si que autre tient en qura li un, comme li autre* ».

Le chap. 137 établit la même règle pour les meubles. Cela a encore lieu parmi nous, lorsque les enfans acceptent la communauté d'entre leur père et leur mère.

En Bourgogne, ce partage par souches avait lieu pour toutes sortes de biens sans exception. L'art. 217 des anciennes coutumes, recueillies par le président Bouhier, porte que « Se au uns a enfans de plusieurs femmes et il aille de vie à mort, les enfans de plusieurs femmes viennent à l'escheoite, et prennent part et portion ès biens de leur père mort, non pas selon le nombre des enfans, mais selon le nombre des branches..., c'est-à-dire que tous les enfans d'un mariage au regard des autres ne représentent qu'une personne ».

L'art. 228 suit le même principe, relativement au droit d'aînesse. « Se aucun noble ou dame noble (y est-il dit) ont enfans de deux lits et ils vont de vie à trespassement, l'un des enfans n'aura point d'aînesse l'un contre l'autre, mais partiront tous par moitié les enfans de chescun lit; et s'ils sont plusieurs enfans de chescun lit, l'aîsné de son lit prendra aisnesse sur ses frères germains, non pas sur celui qui n'est son frère que d'un costé ».

La même règle s'observait anciennement dans le Bourbonnais (1).

Quoique, suivant les vieilles coutumes de Bordeaux, imprimées à la tête du commentaire de MM. de La Mothe, la femme n'eût point de part aux acquêts du mariage, les enfans du premier lit succédaient seuls à la moitié des acquêts de ce premier mariage; et le mari même ne pouvait plus les aliéner à leur préjudice après la mort de la première femme, s'il se remariait (2). La femme du second lit ne pouvait exercer ses reprises que sur la moitié de ces conquêts (3).

Les anciennes coutumes de Lorris, recueillies par La Thaumassière, indiquent un autre ordre de partage par lits pour les nobles, lequel rentre néanmoins dans le même système : — « Entre nobles (disent les art. 35 et suivans du tit. 1), aux enfans du premier lict appartiennent tous les propres héritages de pere et de mère, soit qu'ils leur soient advenus par ligne directe ou collaterale, avecq les conquêts faits durant et constant le mariage, qui se partiront comme dessus est dict (c'est-à-dire noblement.) — Et aux enfans du second lict, appartiennent tous les conquêts immeubles faits depuis la dissolution dudit premier mariage, et tous les meubles délaissés par le trepas desdits pere et mere, ensemble les heritages qui leur sont eschus en ligne collatérale (4) depuis ladite dissolution, et payent les dettes lesdits enfans du second lict. — Et, s'il advenoit entre nobles qu'il y ait enfans du tiers lict, aux enfans du second lict appartient seulement les conquêts immeubles faits depuis la dissolution du second mariage durant icelui, avec les héritages qui en adviendront dedans ledit temps par ligne collatérale; et aux enfans de tiers lict les conquêts immeubles qu'ils auront depuis la dissolution du second mariage, et les heritages qui lui adviendront en ligne collatérale avec tous les meubles ».

Le même usage avait lieu dans plusieurs autres coutumes, comme on peut le voir dans le commentaire de La Thaumassière sur la nouvelle coutume de Montargis, tit. 1, art. 39. Il en subsistait un à peu près semblable dans la prévôté de Paris, si l'on s'en rapporte à la page 205 du Grand Coutumier, et au chap. 13 *de la déclaration des fiefs suivant la coutume de France*, que l'on trouve encore dans le Recueil de La Thaumassière.

En ligne collatérale, on admit aussi le droit de Double Lien; mais, on ose le dire, d'une manière plus juste et plus conforme à la raison que par le droit romain. Celui-ci accordait toute la succession du frère à ses frères germains. Nos aïeux sentirent au contraire que le frère germain n'avait sur le demi-frère d'autre avantage que celui de tenir au défunt par deux côtés, tandis que le demi-frère n'y tenait que par un côté. Ils donnèrent donc deux portions aux frères germains, et une seulement aux frères consanguins dans les meubles et les acquêts du défunt.

Cette règle se pratiquait, non seulement entre frères, mais même dans les degrés ultérieurs de la ligne collatérale. C'est ce que l'on apprend de l'auteur du *Grand Coutumier*, qui propose la question suivante, liv. 2, chap. 40 : « Trois cousins-germains sont, dont l'un meurt; l'un des autres dit que, quant aux meubles, la succession lui appartient. *Quæritur quid juris?* Les usages et coutumes disent que le cousin du père et de la mère aura les deux parts, et l'autre la tierce-partie quant aux meubles ».

(1) V. Les anciennes coutumes de Berri par La Thaumassière, chap. 21 et 46, et l'ancienne coutume de Bourbonnais, redigée en 1493, tit. 12, art. 6.

(2) §. 89 et 110. Ce droit subsiste encore dans la coutume de Bordeaux. La jurisprudence des arrêts du parlement permet néanmoins au père d'y déroger par le contrat du second mariage. La légitime des enfans du second lit est aussi préférée au droit exclusif des enfans du premier lit. V. l'art. 70 et le commentaire de MM. de La Mothe.

(3) §. 111 et 178.

(4) C'est que les héritages échus en ligne collatérale tombaient dans la communauté. V. dans Brodeau sur la coutume de Paris, les décisions de Jean des Mares, art. 26 et les coutumes notoires jugées au châtelet, art 183.

Digitized by Google

Ailleurs, on divisait les meubles en deux lignes, l'une du côté du père et l'autre du côté de la mère. Les frères germains prenaient leur part dans chaque ligne, les demi-frères ne prenaient la leur que dans la ligne dont ils procédaient; ce qui revenait presque à la même chose.

On suivait la même règle pour les acquêts; et c'est encore la disposition de plusieurs coutumes qui les partagent en deux lignes, telles que les coutumes d'Anjou et du Maine, qui conservent tant de traces de notre ancien droit.

Cet ordre de succession tient si bien à tous les principes de nos coutumes, que c'était sans doute autrefois le droit commun, quoique Laurière, dans ses notes sur Loysel (liv. 2, tit. 5, règle 1), cite un arrêt du parlement de la Toussaint de l'an 1278, qui a jugé le contraire. On sent bien qu'un pareil avantage était indépendant de la représentation. On voit dans le *Grand Coutumier* qu'elle n'était pas encore admise même en ligne directe.

L'étude du droit romain, dans les derniers siècles, fit apporter beaucoup de modifications à nos coutumes. Les plus célèbres praticiens, presque toujours docteurs en droit, firent adopter, dans la plupart, la manière de succéder de la novelle 118 pour la représentation, et plusieurs de ces coutumes adoptèrent aussi la même règle pour le Double Lien, dont elles restreignirent néanmoins l'avantage aux meubles et acquêts. D'autres rejetèrent en général le privilège du Double Lien, parcequ'il était impossible de l'étendre à tous les biens, sans détruire de fond en comble les bases de nos lois sur la succession aux propres: quelques unes seulement conservèrent la pureté des anciens usages. En divisant les biens par lits, ou en admettant la représentation à l'infini et le partage des meubles et acquêts en deux lignes, elles furent plus conséquentes à elles-mêmes et au système général de la France sur les biens propres.

§. II. *Du Double Lien considéré par rapport aux personnes.*

On peut mettre les coutumes de France, à cet egard, dans onze classes (1), qu'il faut examiner séparément.

Première classe. Coutumes qui rejettent expressément le Double Lien. Ce sont celles de Paris, art. 340; d'Amiens, art. 86; d'Auxerre, art. 240; de Bayonne, art. 277; de Bergerac, art. 53; de Bordeaux, art. 65; de Calais, art. 129 et 130; de Châlons, art. 89; de Dourdan, art. 122; de Douai, tit. 1, art. 10; d'Etampes, art. 127; de Laon, art. 80; de Lille, art. 9; de Nantes, art. 171; de Meaux, art. 44; de Montfort, art. 115; de Normandie, art. 311 et suivans; de Ponthieu, art. 15 et 16; de la Châtellenie de Lille, chap. 2, art. 11; de Sédan, art. 172; de Senlis, art. 168; de Sens, art. 84; de Tournay, tit. 24, art. 6; de Valois, art. 89 et 90; et de Vitry, art. 82.

Dumoulin observe que ces coutumes forment en général la partie la plus septentrionale de la France; et que la représentation n'y est point admise en collatérale, ou qu'elle n'y était point admise avant leur réformation. C'est en effet par la réformation de 1580 que la représentation a été admise dans la coutume de Paris aux termes de droit; et Guyné trouve que c'est une grande inconséquence que de n'y avoir pas introduit le droit du Double Lien, tel qu'il est établi dans la novelle 118, puisque ces deux objets marchent concurremment dans cette novelle que la coutume de Paris a prise pour règle, quant à la représentation en ligne collatérale.

Il ne peut guère y avoir de questions relatives au Double Lien dans toutes ces coutumes. Cependant on a paru douter autrefois dans la coutume d'Amiens, qui, dans l'art. 86 appelle les demi-frères à la succession des meubles et acquêts concurremment avec les frères germains, s'il ne fallait pas restreindre cette disposition aux frères et aux sœurs, et accorder l'avantage du Double Lien aux enfans des frères et des sœurs germains contre les enfans des demi-frères et des demi-sœurs. Comme la représentation y a lieu aux termes de droit, on prétendait que l'art. 86 ne pouvait être considéré que comme une dérogation au droit commun, de laquelle on ne pouvait faire aucune extension. On se fondait encore sur ce que la coutume de Perronne, qui est voisine de celle d'Amiens, établit le privilège du Double Lien, non seulement pour les frères et sœurs, mais aussi pour les collatéraux des autres degrés.

Ces raisons étaient peu séduisantes. Le privilège du Double Lien ne peut jamais être plus favorable dans les degrés plus éloignés que dans les premiers degrés; l'on ne pouvait citer ni la novelle 118, ni la coutume de Perronne, puisque celle d'Amiens s'en écartait si formellement sur le droit du Double Lien. Aussi un arrêt du 25 janvier 1655, rapporté au Journal des audiences, a-t-il exclu du privilège du Double Lien les enfans des frères germains dans une espèce semblable et défendue par ces raisons.

Seconde classe. Coutumes muettes. Elle renferme toutes les coutumes qui ne se trouvent ni dans la classe précédente, ni dans les classes suivantes.

Le Double Lien doit-il y être admis? Cette question, qui est très controversée, serait facile à resoudre par une distinction: s'il était vrai, comme le prétendent bien des auteurs, que le Double Lien est un effet et une suite de la representation, il faudrait le rejeter dans les coutumes qui ont rejeté la représentation, et le recevoir dans celles qui l'ont admise.

(1) Bretonnier dans ses Questions alphabétiques, a rangé de même nos coutumes en différentes classes par rapport au Double Lien, et plusieurs auteurs l'ont copié. Le plan que l'on offre ici, diffère beaucoup du sien, outre qu'il est beaucoup plus complet. Mais il ne faut que comparer celui de Bretonnier, avec le texte des coutumes, pour s'assurer qu'il est plein d'inexactitudes.

Digitized by Google

Dumoulin a balancé sur cette question. — L'art. 93 de la coutume de Chartres porte que *représentation a lieu aux termes de droit.* Dumoulin y a mis cette apostille : *ergo cum jure duplicis vinculi in collaterali.* Sur l'ancienne coutume d'Amiens, qui rejetait la représentation en collatérale, il a écrit pareillement : *non est hic locus repræsentationi nec duplicitati vinculi, ut meo consilio judicatum fuit die 26 januarii.* — Sur l'art. 105 de la coutume d'Artois, qui admet le Double Lien, il a dit : *hæc est æqua et feré generalis in Gallid.* — Enfin, sur l'art. 12 *des successions* de la coutume de Montargis, qui admet le Double Lien *en toute succession collatérale*, il s'est expliqué en ces termes : *hæc consuetudo justior est Parisiensi, nisi in heredüis in quibus consuetudo Parisiensis justior est.*

C'est à tort néanmoins que Brodeau sur Louet, Lebrun et quelques autres auteurs l'ont accusé d'avoir varié à ce sujet, lorsqu'il a dit sur quelques articles des coutumes d'Auxerre et de Châlons, que le Double Lien n'y avait point lieu non plus qu'à Paris; car cela résulte de plusieurs dispositions de ces coutumes. Ses apostilles sur les coutumes du Maine et du Loudunois ne peuvent pas davantage être tirées à conséquence : il y a décidé, suivant leur texte même, non pas précisément que le Double Lien n'y avait pas lieu, mais que, par la division des meubles et des acquêts en deux lignes, elles avaient rejeté le privilége du Double Lien, tel qu'il a été introduit par les novelles.

Quoi qu'il en soit, Charondas prétend indéfiniment que le Double Lien ne doit point avoir lieu dans les coutumes muettes, parceque *la France n'est pas sujette à la loi des Romains, et que le droit de France est tel, que les plus proches héritiers succèdent également au défunt ès biens communs.*

Cette dernière raison suppose préeisément ce qui est en questiou, et la première laisse toujours à décider si la loi romaine n'est pas la plus conforme à la raison, ou s'il n'y a pas, dans notre droit français, des principes pour régler le Double Lien d'une manière moins rigoureuse contre les demi-frères et leurs descendans.

Charondas cite aussi un arrêt rendu pour un procureur au châtelet, avant la réformation de la coutume. Mais cet arrêt ne prouve rien contre ceux qui prétendent que le Double Lien doit marcher de pair avec la représentation en ligne collatérale, puisque cette représentation n'avait point lieu dans l'ancienne coutume de Paris.

Brodeau sur Louet, Lebrun, Tronçon, Ferrière sur la coutume de Paris, Boucheul sur celle de Poitou, Bruuel dans ses *Observations sur le droit coutumier*, Lalande sur la coutume d'Orléans, Vrevin sur celle de Chaulny, et une foule d'autres commentateurs ont néanmoins embrassé l'opinion de Charondas, en se fondant à peu près sur les mêmes raisons, et sur un arrêt rendu pour la coutume de Berry, qui a jugé que le Double Lien n'y avait point lieu quant aux meubles et acquêts, bien que la coutume l'accorde expressément pour les propres.

Umeau, dans son traité latin sur la prérogative du Double Lieu (1), estime au contraire que le droit du Double Lien doit être admis dans toutes les coutumes muettes. Il soutient que le droit romain doit être regardé comme le droit commun de la France (2), en rejetant, comme une chicane, l'opinion des docteurs qui ont prétendu que les novelles ne faisaient pas partie du corps de droit, et que la prérogative du Double Lien est conforme à la raison et à l'équité; et il ajoute que l'arrêt rendu pour la coutume de Berry ne prouve rien, parceque cette coutume, en admettant expressément le droit du Double Lien pour les propres, était censée l'avoir rejeté pour les autres biens, suivant cette maxime : *qui dicit de uno, de altero negat.* Ragueau sur la coutume de Berry, et Legrand sur celle de Troyes, sont du même avis. Legrand cite même un arrêt rapporté par Bélordeau dans ses observations forenses, qui l'a ainsi jugé.

Guyné pense que ces deux opinions différentes sont trop générales; et que, pour donner une juste décision, il faut examiner le véritable esprit des coutumes, et se conformer à ce qu'elles ont établi touchant le droit de représentation. Ces deux droits, dit-il, procèdent d'un même principe; *et quoique plusieurs coutumes y aient établi des règles différentes, néanmoins à l'égard de celles qui ne s'en sont point expliquées, ce qu'elles ont établi pour l'un doit être de grande considération pour l'autre, et y servir, pour ainsi dire, de règle et de fondement.*

Il estime donc que dans les coutumes qui ont rejeté le droit de représentation, on qui ne l'ont admis qu'en ligne directe seulement, telles que les coutumes de Valenciennes, de Clermont et de Namur, il faut aussi rejeter le droit du Double Lien, parcequ'elles y sont sensiblement contraires, qu'elles ont affecté de se conformer à l'ancien droit, et non pas à la disposition de la novelle 118. Il observe que la plupart des coutumes qui proscrivent expressément le Double Lien, n'admettent point en effet la représentation en collatérale; et que le petit nombre de celles qui ont admis le Double Lien sans adopter la représentation en collatérale, en retranchent le principal effet, en ce qu'il ne peut y avoir lieu qu'en égalité de degré seulement. — Ainsi, dit-il, c'est à l'égard de ces coutumes un droit fort irrégulier, et c'est la différence fatale qui se trouve souvent entre nos coutumes et le droit civil. Les lois civiles sont fondées sur la pure raison, et les empereurs ont pris plaisir à réformer

(1) *De jure præcipuo duplicis vinculi, autore Joanne Umeau*, in-8°. *Pictavii, apud Fleurian*, 1665. Ce petit ouvrage, quoique fait avec assez de soin, doit néanmoins être consulté avec précaution. On voit dans la préface que l'auteur en avait préparé les matériaux pour servir de factum dans une contestation qui lui était personnelle en faveur du droit de Double Lien.

(2) Le Brun convient bien qu'on doit suppléer nos coutumes par le droit romain, mais il prétend qu'on n'y doit pas comprendre les lois particulières de Justinien, parcequ'elles n'ont eu aucune autorité dans les Gaules.

Digitized by Google

successivement ce qu'ils ont trouvé de répugnant au bon sens et aux bonnes règles ; et c'a été par ces variations qu'il est parvenu au degré de perfection où nous le voyons présentement. Mais nos coutumes qui n'ont point d'autres principes que l'usage, ont souvent des dispositions extraordinaires et bizarres, et cependant il faut les suivre et les exécuter telles qu'elles sont écrites. . . — Mais (ajoute-t-il) les coutumes qui ont admis la représentation aux termes de droit, se sont évidemment écartées de l'ancien droit romain, pour suivre celui des novelles. Il est donc raisonnable d'y suppléer le droit de Double Lien qu'on doit considérer comme un accessoire et une suite du droit de représentation. —Vigier, sur la coutume d'Angoumois, et Mignot, dans son *Traité du Double Lien*, sont du même avis.

Ceux qui savent comment Justinien a sans cesse abandonné les principes fondamentaux du droit romain, combien il a varié dans ses décisions et comment Tribonien vendait les lois sous son règne, auront de la peine à souscrire à cette différence que Guyné a mise entre nos coutumes et le droit romain, du moins quant à celui des novelles. Ils sentiront que le droit de Double Lien est très indépendant du droit de représentation ; que la représentation a seulement l'effet de l'étendre un degré plus loin ; et que le silence de nos coutumes sur le Double Lien, lorsqu'elles se sont expliquées sur la représentation, est plutôt un titre d'exclusion que d'admission, puisque ces deux droits se trouvant dans la même loi, il eût été bien facile d'énoncer le droit du Double Lien, comme on a énoncé celui de la représentation. Enfin le système de Guyne laissera toujours la question embarrassante et indécise pour celles de nos coutumes qui ont admis la représentation à l'infini.

Si l'on suivait les principes anciens de notre droit coutumier ou même la pure raison, il faudrait dans les coutumes muettes, comme dans celles d'Anjou, du Maine et dans quelques autres, accorder deux portions aux frères germains et une seule aux demi-frères, parcequ'il est à présumer que le mobilier vient également du père et de la mère, et que la loi admet cette présomption dans les pays mêmes où le Double Lien se règle suivant le droit romain, en appelant également à la succession les frères paternels et les frères maternels ; parcequ'enfin si l'on règle les droits successifs sur le degré de liaison que la nature a mise entre les frères, les frères du Double Lien doivent avoir un droit double de celui des frères du simple lien, mais non pas les exclure, et que le partage se ferait de la sorte dans la plupart de nos coutumes, si les ascendans dont les frères tirent leurs droits et qui succèdent communément au mobilier et aux acquêts de leurs enfans en propriété ou en usufruit, les eussent recueillis avant qu'ils allassent aux frères.

Cette opinion est adoptée dans les mémoires joints aux arrêtés de Lamoignon, où l'on en donne des raisons différentes ; et ce ne peut être que faute de l'avoir approfondie, que Vaslin (sur la coutume de la Rochelle, art. 51, n. 8) n'y a vu qu'une *bizarrerie*.

Peut-être néanmoins y a-t-il une règle plus sûre encore. Ce serait de suivre les usages des lieux dans une matière où les exemples doivent être fréquens. Il importe assez peu au bien de l'Etat que le Double Lien soit admis ou rejeté ; mais il importe beaucoup qu'il y ait une règle fixe sur laquelle on puisse compter, afin que les fortunes ne soient pas incertaines, et que les peuples qui connaissent mieux ce qui se pratique que ce qui doit se pratiquer, ne soient point trompés dans les espérances qui ont fait la base des alliances des familles.

Le parlement de Paris a toujours paru sentir l'avantage de cette règle dans les matières de succession ; et dans les cas les plus embarrassans, il n'a rendu ses arrêts que d'après des actes de notoriété. On en trouve plusieurs exemples pour le droit du Double Lien en particulier, et c'est peut-être la méthode la plus sûre pour concilier sa jurisprudence avec elle-même, lorsqu'elle semble contradictoire.

C'est sans doute sur un usage semblable qu'est fondé l'arrêt du 17 avril 1636, rapporté par Brillon d'après Bardet, tome 2, livre 5, chap. 17 ; lequel a jugé que les frères et sœurs germains du défunt seulement succédent avec leur père aux meubles et acquêts à l'exclusion des frères utérins dans la coutume de Ribemont en Vermandois, qui n'a point de disposition sur le Double Lien.

Troisième classe. Coutumes qui admettent le droit du Double Lien en faveur des frères et sœurs germains, sans s'expliquer sur les degrés ultérieurs. Telles sont les coutumes d'Artois, art. 105 ; de Bar, art. 129 ; du Grand-Perche, art. 153, qui disent *que les frères et sœurs germains excluent les non-germains en meubles et acquêts de leurs frères ou sœurs défunts*, et de St.-Quentin, art. 50.

Il y a beaucoup de difficulté à décider si dans ces coutumes, le privilège doit s'étendre aux enfans des frères germains. On sent bien que ceux qui soutiennent l'affirmative, citent en leur faveur la novelle 118. On objecte pour l'opinion contraire, que cette novelle est une dérogation à l'ancien droit ; que les privilèges ne doivent point recevoir d'extension ; et que, dans les cas non prévus par les lois, il faut revenir au droit commun.

Guyné assure que cette dernière opinion est la plus suivie, et qu'elle se trouve même autorisée par plusieurs arrêts rapportés par Brodeau sur Louet, l'un rendu dans la coutume de Troyes, l'autre dans la coutume de Vitry.

Mais cette citation est très inexacte. La coutume de Troyes admet expressément le privilège du Double Lien, même entre les enfans des frères, suivant l'art. 93 ; et l'arrêt du 7 mai 1608 cité par Brodeau, a seulement appointé au conseil sur la question de savoir si la nièce, jointe des deux côtés peut exclure l'oncle qui ne l'est que d'un côté.

On trouve même au Journal des audiences, tome 3, liv. 3, chap. 19, page 145, un arrêt rendu à l'au-

Digitized by Google

dience de la grand'chambre, par lequel il a été jugé que les neveux joints des deux côtés excluaient de la succession des meubles et acquêts leurs oncles, frères de la défunte d'un côté seulement, et leurs cousins-germains aussi enfans de la sœur de la défunte d'un côté seulement. La cour ordonna que l'arrêt serait lu au bailliage de Troyes, l'audience tenant.

L'arrêt du 24 avril 1615, donné pour la coutume de Vitry, a seulement jugé que la tante jointe d'un seul côté devait être admise, conjointement avec le neveu du défunt, à partager sa succession; et la coutume de Vitry, dans l'art. 83, admet expressément les demi-frères à concourir avec les frères germains au partage des meubles et acquêts.

L'opinion particulière de Guyné, conforme à son système général, est que, dans les coutumes de cette classe, il faut se régler sur la représentation, et étendre le Double Lien aux enfans des frères, lors seulement que les coutumes admettent la représentation en ligne collatérale.

Cette distinction paraît ici fort juste; car l'effet de la représentation est assez généralement de mettre les représentans aux droits, comme aux degrés des représentés. Aussi Dumoulin, sur la coutume de Châteauneuf, art. 90, qui dit que le Double Lien a lieu *en succession collatérale, comme de frère ou de sœur*, assure-t-il qu'on étend ce droit aux enfans des frères. Vaslin et Miguot attestent la même chose pour la coutume de la Rochelle, qui a une disposition semblable, art. 51. Il en doit être de même de celle de Châteauneuf, suivant l'art. 126.

Gilles Bry, dans ses notes sur la coutume du Grand-Perche, assure qu'on étend jusqu'à l'infini le Double Lien comme la représentation, bien que la coutume n'admette expressément le Double Lieu qu'entre frères et sœurs.

Sur les mêmes principes, un arrêt cité dans le commentaire de Maillard et dans les *Questions alphabétiques* de Bretonnier, a, en conséquence, limité le droit de Double lien au second degré dans la coutume d'Artois, qui rejette la représentation dans l'art. 93, et qui, dans l'art. 105, dit simplement que *le Double Lien a lieu pour les meubles et acquêts* (1).

Tel est enfin l'avis de Le Paige dans ses notes sur l'art. 129 de la coutume de Bar. Cet auteur observe fort bien que l'art. 130 de la même coutume ne donne les meubles et acquêts au plus proche que dans les cas où la représentation cesse.

Il est vrai que Denisart dit dans une de ses notes « qu'un arrêt rendu en la troisième chambre, au rapport de M. Doublet de Persan, le mardi 10 mai 1701, pour la coutume de Bar, a jugé que dans cette coutume, où le Double Lien est reçu, il n'a pas lieu entre les neveux du défunt succédant de leur chef; en sorte que les neveux germains excluent leurs oncles demi-frères, et n'excluent pas leurs cousins, enfans des demi-frères ».

Denisart ajoute que *cela est bien extraordinaire*; mais cette jurisprudence n'est point particulière à la coutume de Bar. On a vu ci-devant, sect. 1, §. 2, n. 2, que c'est ainsi que les cours interprètent le privilège du Double Lien, admis par les lois romaines même.

Quatrième classe. Coutumes qui admettent le Double Lien suivant la disposition du droit et dans les termes de la représentation. Il faut mettre dans cette classe, comme on l'a vu dans la classe précédente, les coutumes de Châteauneuf, de Dreux et de la Rochelle.

(1) | Cet arrêt a été rendu à la troisième chambre des enquêtes, le 19 août 1733. En voici l'espèce, tirée des mémoires des parties et de l'arrêt même.

Il s'agissait de la succession de la demoiselle Thérèse Sarrazin, qui avait laissé pour parens plus proches, les sieurs Dupuich, enfans de son frère utérin, et les sieurs Prévôt, enfans de sa sœur germaine.

Ceux-ci ont prétendu succéder seuls aux meubles et acquêts de la succession, à l'exclusion des autres, en vertu de la disposition de l'art. 105 de la coutume générale d'Artois. Mais, convaincus sans doute que les principes généraux sur la matière dont il s'agissait, et le rejet que la coutume d'Artois faisait de la représentation, étaient contraires à l'extension qu'ils voulaient donner au privilège du Double Lien, ils se sont principalement attachés à soutenir qu'ils avaient en leur faveur le sentiment unanime des commentateurs de la coutume d'Artois et un usage certain dans la province.

Par rapport aux commentateurs, ils citaient deux ouvrages manuscrits et le commentaire imprimé de Maillart, dont, à cette époque, il n'avait encore paru qu'une édition.

Les sieurs Dupuich sont convenus que les deux commentaires manuscrits accordaient le privilège du Double Lien aux enfans des frères; et, quant à Maillart, ils ont observé que cet auteur l'accordait à l'infini dans tous les degrés de succession collatérale, même aux oncles et aux tantes, en quoi, disaient-ils, il est abandonné par tous les jurisconsultes.

A l'égard de l'usage, les sieurs Prévôt n'en rapportaient pas d'autre preuve que deux sentences du conseil d'Artois, l'une de 1577, et l'autre de 1618; encore ne convenait-on pas qu'elles eussent jugé la question.

Les mayeur et échevins de la ville d'Hesdin, premiers juges de cette contestation, l'ont décidée en faveur des sieurs Dupuich; et ils ont ordonné par sentence du 16 mai 1709, que tous les meubles et acquêts de la succession seraient partagés également et par têtes, entre les neveux enfans du frère utérin de la défunte, et les neveux enfans de la sœur germaine.

Ceux-ci ont appelé de cette sentence au bailliage d'Hesdin, où, après un appointement, il est intervenu le 23 décembre de la même année, une sentence qui a infirmé la première et déféré tous les *biens non tenans ni cotés ni ligne* aux sieurs Prévôt enfans de la sœur germaine de la défunte.

Les sieurs Dupuich ont appelé à leur tour de cette seconde sentence au conseil d'Artois, qui l'a confirmée purement et simplement, le 29 novembre 1729.

Mais sur l'appel au parlement de Paris, il a été rendu le 19 août 1733, au rapport de M. de La Michodière, un arrêt qui a mis l'appellation et ce au néant, émendant, a ordonné que la sentence des mayeur et échevins d'Hesdin serait exécutée selon sa forme et teneur, et a condamné les intimés à tous les dépens.

Cet arrêt, conforme aux principes qui devaient alors diriger l'interprétation de la coutume d'Artois, ne doit plus y être suivi aujourd'hui, parceque la représentation y a lieu depuis quelques années. V. *Représentation*.

Digitized by Google

Cinquième classe. Coutumes qui étendent ce droit aux cousins-germains, même hors le cas de la représentation et du concours avec leurs oncles. Telles sont les coutumes de Troyes, art. 90; de Bourgogne-Duché, tit. 7, art. 20; de Berry, tit. 19, art. 6 et 7; et celle de Nivernois, tit. 14, art. 16.

[On doit ranger dans la même classe les chartes générales du Hainaut, du moins quant aux fiefs. Voici ce qu'elles portent, chap. 92, art. 6: « mais pour fiefs acquis...., neveu ou nièce de deux côtes sera preféré à celui qui ne touchera que d'un côté ».

Le silence de cette loi sur les rotures ou mainfermes, fait naturellement demander si l'on doit étendre sa disposition à cette espèce de biens.

Il n'y a point de difficulté à cet égard pour les mainfermes régis par les coutumes du chef-lieu de Mons et du chef-lieu de Valenciennes.

Il n'y en a point pour les premiers, parceque l'art. 3 du chap. 4 de la coutume du chef-lieu de Mons, porte expressément que « si un homme ou femme allait de vie à trépas sans hoir, delaissant pour ses plus prochains, enfans d'un sien frere germain, et enfans d'un demi-frère ou sœur, autant auront en cette succession les enfans dudit demi-frère ou sœur, que les enfans de soudit frère ou sœur germains, c'est à savoir ès-héritages d'acquêts et meubles ».

C'est la même chose pour les mains-fermes du chef-lieu de Valenciennes, parceque la coutume de cette partie du Hainaut s'interprete constamment par le droit commun, ainsi qu'on le voit au mot *Valenciennes*.

Mais la difficulté est pour les mainfermes du *chef-lieu de la cour*, c'est-à-dire, de la partie du Hainaut qui n'a pas de loi particulière pour ces sortes de biens, et dans laquelle il est passé en usage, comme on l'a expliqué à l'article *Hainaut*, d'adapter aux mainfermes les dispositions que les chartes générales reuferment sur les fiefs.

La question s'est présentée, en 1769, à la prévôté de Bouchain. — Pierre Michel-Archange Degorre avait acquis plusieurs mainfermes situés à Fenain et à Sommain, entre Bouchain et Douai. Il avait pour héritiers, des neveux, enfans de sœurs germaines, nommés Poulain et Segard, et d'autres neveux, nommés Degorre, enfans d'un frère consangin. Question de savoir à qui les acquêts mainfermes devaient appartenir. — Il n'était point douteux que, s'il eût été question de fiefs, Poulain et Segard ne dussent exclure les Degorre. — On convenait aussi que cette exclusion aurait dû avoir lieu, si l'on eût été astreint à suivre pour les mainfermes ce que les chartes générales règlent par rapport aux fiefs. — Mais les Degorre soutenaient que les chartes générales n'étaient, à l'égard des mainfermes du *chef-lieu de la cour*, qu'une loi d'adoption; et que le même usage qui avait introduit et formé cette adoption, avait pu en restreindre l'effet: or, ajoutaient-ils, l'usage constant de tout le chef-lieu de la cour, est que le privilège du Double Lien n'a point lieu pour les mainfermes entre les cousins-germains; et cet usage mérite d'autant mieux d'être maintenu, qu'il est conforme, non seulement au droit commun, mais encore aux deux principales *coutumes de mainfermes* de la province du Hainaut. — Poulain et Segard ne convenant point de cet usage, les officiers de la prévôté de Bouchain ont ordonné, avant faire droit, qu'il en serait informé par turbes. — Et, par sentence définitive du 3 juillet 1769, ils ont prononcé en ces termes: « Nous, faisant droit, avons déclaré la succession de Pierre Michel-Archange Degorre, ouverte *ab intestat*; en conséquence, avons ordonné que les biens immeubles de nature mainferme qu'il a délaissés, seront partagés également entre ses neveux germains et consangnins, sans aucun égard à la prérogative du Double Lien; condamnons, etc. ». — Poulain et Segard ont appelé de cette sentence au parlement de Flandre; mais inutilement. Par arrêt du 10 février 1770, la cour a mis purement et simplement l'appellation au néant, avec amende et dépens.]

Sixième classe. Coutumes qui étendent le droit du Double Lien jusqu'aux oncles et aux tantes. Ce sont les coutumes de Cambrai, tit. 12, art. 5, et d'Orléans, art. 330.

Cette dernière coutume dit qu'*en meubles et conquêts immeubles, les collatéraux conjoints des deux côtés du décédé sans hoirs de son corps, excluent ceux qui sont conjoints d'un côté seulement jusqu'au degré des oncles et tantes, nepveux et nieepces dudit décédé inclusivement.*

Berroyer, en ses notes sur Bardet, tome 2, page 665 et suivantes, prétend que cet article n'étend point le privilège du Double Lien aux oncles et tantes du défunt, quoiqu'on l'ait toujours ainsi entendu jusqu'à son temps, et que ce soit bien là le sens qui s'offre le plus naturellement à l'esprit. — Voici l'interprétation qu'il donne à cet article: *les collatéraux conjoints des deux côtés du décédé* (c'est-à-dire les frères et sœurs germains, et leurs enfans, neveux du défunt) *excluent ceux qui sont conjoints d'un côté seulement, jusqu'au degré des oncles et tantes, neveux et nièces dudit décédé inclusivement*; c'est-à-dire, excluent leurs oncles et tantes qui ne sont que demi-frères ou demi-sœurs du défunt, et les neveux et nièces du défunt, qui sont enfans de ses demi-frères ou demi-sœurs. Il fait rapporter ces mots *dudit décédé* à ceux-ci seulement, *neveux et nièces*, en entendant par les termes d'*oncles et tantes*, qui précèdent, non les oncles et tantes du défunt, mais ses frères et sœurs, qui sont les oncles et tantes des collatéraux du Double Lien qui les excluent, c'est-à-dire, des enfans des frères germains du défunt.

Pothier, dans ses notes sur la coutume d'Orléans, observe que cette interprétation n'est pas suivie, quoiqu'elle soit conforme aux principes de la novelle 118, que la coutume d'Orléans a sans doute voulu prendre pour guide dans ce qu'elle prescrit sur le Double Lien. Les rédacteurs de cette coutume auront embrassé l'opinion de quelques auteurs qui

Digitized by Google

étendaient la prérogative du Double Lien accordée par la novelle, aux oncles et aux tantes du défunt, sous prétexte qu'il devait y avoir réciprocité dans les successions ; et que, comme le neveu, s'il fût venu à la succession de son oncle, frère germain de son père, aurait joui de la prérogative du Double Lien à l'exclusion de ses oncles et tantes, demi-frères du défunt, de même l'oncle joint des deux côtés venant à la succession de son neveu, devait jouir de la même prérogative, en excluant les autres oncles du défunt, qui ne lui étaient joints que du seul côté du père ou de la mère.

Quoique Lalande et Pothier conviennent que cette opinion est fondée sur un faux principe, celui qu'il doit y avoir réciprocité dans les successions, ils décident avec raison qu'on ne doit pas s'en écarter pour la coutume d'Orléans, puisque le sens le plus naturel de l'art. 330 et l'usage observé depuis, montrent que cette coutume l'a prise pour règle.

Septième classe. Coutumes qui portent le privilège du Double Lien à l'infini en ligne collatérale. Ce sont les coutumes de Bourbonnais, art. 317; de Perronne, art. 89; de Tours, art. 289; de Xaintonge, art. 98; de Blois, art. 155; et de Montargis, titre *des Successions*, art. 12.

Ces deux dernières coutumes disent expressément que les parens joints des deux côtés excluent tous les autres qui ne sont joints que d'un côté *en toute succession collatérale*. Dumoulin dit néanmoins, dans son apostille sur la coutume de Blois, qu'un arrêt qu'il ne date point, y a jugé que le Double lien n'avait pas lieu au-delà des enfans des frères, aux termes de la novelle 118. Mais, outre les termes exprès de l'art. 155, l'application de la novelle à la coutume de Blois serait très déplacée, puisque la représentation en collatérale, qui est le seul fondement de l'extension du droit de Double Lien aux enfans des frères, n'y est point admise.

Cet auteur paraît avoir eu la même opinion sur la coutume de Montargis; il y interprète ces mots, *en toute succession collatérale*, comme s'ils y avaient lieu pour toutes sortes de biens. L'Hoste est du même avis, et il l'appuie sur un arrêt du 28 novembre 1592. Mais cette interprétation paraît fausse, puisque la coutume de Montargis, comme celle de Blois, exclut formellement la représentation en ligne collatérale, et qu'elle défère les propres, dans plusieurs articles, *aux collatéraux de la souche dont ils procèdent.*

Si l'on voulait recevoir l'interprétation de Dumoulin, il faudrait plutôt dire, avec La Thaumassière, que le Double Lien n'a lieu qu'entre les frères seuls, sans aller au-delà. Mais cette application des mots, *en toute succession collatérale*, a été rejetée par deux arrêts du 20 février 1593 et du 31 mai 1636, rendus dans la coutume de Blois, et rapportés, l'un par Bacquet, Traité des droits de justice, l'autre dans le Journal des audiences.

Cet avis de La Thaumassière a néanmoins été adopté par Le Page, dans ses additions sur L'Hoste. Cet additionnaire, qui était lieutenant particulier du bailliage de Montargis, dit même « que le 26 mars 1737, à l'audience du bailliage, lui prononçant, assisté de MM..... Benou, commis-greffier, sur le requis de Blondet, procureur, pour le sieur Audran, lieutenant général de Gien, (il) donna acte de notorieté, qu'en ce bailliage il s'observe que les conjoints des deux côtés, dans le cas dudit article, succèdent à tous les biens meubles, acquêts et propres, et que, selon notre observance commune, ces mots de l'art. 12, *en toute succession*, veulent dire en succession de tous biens ». — Le Page observe néanmoins que « cet acte est général et n'explique pas quels sont les conjoints qui doivent être compris dans l'exception ».

Mais il dit ailleurs que, depuis L'Hoste qui trouvait problématique l'extension que l'on voulait faire de la prérogative du Double Lien au degré des oncles, « l'usage a toujours été que les oncles étaient exclus du benefice du Double Lien; et nous le tenons ainsi (continue Le Page) au bailliage et à la prévôté de cette ville. Il a été jugé en cette coutume, par arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 10 juillet 1742, en procès par écrit, au rapport de M. l'abbé Langlois, au profit du sieur François Gentil, procureur du roi en l'élection de Pethiviers, et Aimée Prouteau sa femme, contre le sieur Bonardel Audran, lieutenant général de Gien, et Marie-Jeanne Prouteau sa femme, elle et ladite Aimée Prouteau tantes d'Ambroise Audran *de cujus bonis agebatur*. Le motif de la décision de la cour a été, suivant que s'en est expliqué M. le rapporteur, *qu'un oncle ne peut point être oncle du Double Lien:* l'appel était d'une sentence du châtelet de Paris, qui avait jugé en faveur de la dame Gentil, *qui n'était tante que d'un côté*, et par cet arrêt elle a été confirmée. Cet arrêt établit donc une jurisprudence certaine en cette coutume, que le Double Lien ne s'étend point aux oncles ou tantes qui concourent ».

Il n'est pas besoin de remarquer combien il est peu conséquent de dire qu'un oncle ne peut point être oncle du Double Lien, et qu'on a jugé en faveur de la dame Gentil *qui n'était tante que d'un côté;* il n'en paraît pas moins certain que, depuis cet arrêt, il y en a eu plusieurs autres qui ont restreint le privilège du Double Lien dans la coutume de Montargis, au degré des frères et sœurs seulement, suivant l'opinion de La Thaumassière, en supposant que ces mots de la coutume, *en toute succession*, devaient s'entendre de la nature des biens et non pas du degré de parenté des héritiers.

Mais la question a été jugée différemment depuis la première édition de cet ouvrage. — Elle s'est presentée de nouveau dans la succession d'Agnes Goimbault. Les meubles et acquêts qu'elle avait laissés, étaient contestés entre Charles-Vivant-Philippe Goimbault, Catherine de Flubée veuve Goimbault et consorts d'une part, lesquels étaient neveux à la mode de Bretagne de la défunte, qui descendait d'un frère germain de son père; et Pierre Boursin et Magdelaine Charenton sa femme, d'autre part. Cette dernière était la tante à la mode

Digitized by Google

de Bretagne de la défunte, et la fille d'une sœur utérine de sa grand'mère. La condamnation des héritiers Goimbault n'avait fait aucune difficulté au bailliage de Montargis, où l'on doit remarquer néaumoins qu'ils n'avaient pas établi leur qualité d'une manière suffisante. Leur prétention avait été rejetée par une sentence rendue sur pièces vues le 24 octobre 1777, et cette sentence avait été suivie de plusieurs jugemens. — Les sieurs Goimbault et consorts en interjetèrent appel au parlement de Paris. On leur opposa la jurisprudence constante de la cour, et l'usage du bailliage de Montargis, et de celui de Nemours, régi par la même coutume. Cet usage était constaté par deux actes de notoriété, appuyés sur une foule de raisonnemens, de consultations et d'autorités. Ces actes de notoriété ayant été mis sous les yeux de l'auteur de cet article, depuis la première édition du Répertoire, il persista dans son opinion. Il fit voir sans peine, qu'un usage abusif ne pouvait prévaloir contre le texte de la coutume, et que, suivant ce texte, les mots *en toute succession*, devaient s'entendre de tous les degrés et non pas de tous les biens. — La généalogie des héritiers Goimbault fut solidement établie; leurs adversaires se bornèrent à demander le partage de la succession d'Agnès Goimbault entre les Goimbault et eux. Ils conclurent expressément par une requête du 11 août 1778 « à ce qu'attendu la justification faite en la cour, sur l'appointement à mettre sur l'exécution provisoire desdites sentences, d'un degré de parenté égal à celui desdits Boursin et sa femme dans la succession d'Agnès Goimbault *de cujus*, acte leur fût donné de ce qu'ils restreignaient leurs conclusions et prétentions dans ladite succession, et à eux adjugées par ladite sentence, à un cinquième de ladite succession, et n'insistaient sur la confirmation d'icelle que pour ladite portion et la condamnation du total des dépens ». — Enfin l'un des héritiers Goimbault abandonna par un acte du 1 mai 1778, à Boursin et sa femme, le cinquième qu'ils demandaient dans le quart qu'il réclamait lui-même; et par une requête du 5 mars 1779, ces derniers restreignirent leurs conclusions au cinquième des trois autres quarts. C'est dans cet état que la question fut jugée en la deuxième chambre des enquêtes, au rapport de M. Drouin de Vaudeuil, le 29 août 1779. Voici le dispositif de l'arrêt. « Notredite cour ayant anéanmement égard aux demandes dudit Charles-Philippe-Vivant Goimbault et Catherine de Flubée veuve de Charles Goimbault, ès noms et qualités qu'ils procèdent, a mis et met les appellations et les sentences des 5 et 24 octobre 1777 dont a été appelé, au néant; émendant, a déchargé lesdits Goimbault desdits noms des condamnations contre eux prononcées par lesdites sentences; sur l'appel interjeté par lesdits Goimbault, tant de l'ordonnance du 15 avril, de la saisie-arrêt du 5 mai, que des sentences des 30 juillet et 17 septembre 1777, a mis et met pareillement l'appellation et ce dont a été appelé au néant; émendant, déclare lesdites sentences et saisies nulles et de nul effet; faisant droit au principal, *sans s'arrêter ni avoir égard aux demandes desdits Pierre Boursin et Magdelcine Charenton sa femme dont ils sont déboutés*, maintient et garde lesdits Goimbault et consorts, ès dits noms et qualités *dans la propriété, possession et jouissance de leurs portions* (1) *dans l'universalité de la succession d'Agnès Goimbault veuve Beauvalet*; fait défenses auxdits Boursin et sa femme de les y troubler, sous telles peines qu'il appartiendra; fait main-levée pleine et entière auxdits Goimbault et consorts ès dits noms de toutes oppositions et saisies-arrêts sur eux faites à la requête desdits Boursin et sa femme entre les mains de tous débiteurs de ladite succession; ordonne que nonobstant icelles, etc.... Condamne lesdits Boursin et sa femme en tous les dépens tant des causes principales que d'appel, intervention et demande envers lesdits Charles-Philippe-Vivant Goimbault et consorts, ès noms et qualités qu'ils procèdent, même en ceux des dénonciations, etc. »

Beaucoup d'autres coutumes admettent une sorte de droit de Double Lien jusqu'à l'infini; mais comme c'est avec des modifications très singulières, on en parlera séparément. *V.* les deux classes suivantes.

Huitième classe. Coutumes qui attribuent les trois quarts des meubles et acquets aux frères germains du défunt ou à leurs descendans, et l'autre quart seulement à ses demi-frères ou à leurs descendans, en divisant ces sortes de biens en deux lignes. Ces coutumes sont celles de Saint-Omer, art. 20; de Reims, art. 311; de Loudunois, chap. 29, art. 23; d'Anjou, art. 268; du Maine, art. 286; de Bretagne, art. 593; et de Lorraine, chap. 9, art. 5 (2).

Le vœu général de ces coutumes est expliqué d'une manière très nette dans l'art. 311 de celle de Reims. « Si un trépassé (y est-il dit), délaisse un frère germain de père et de mère, et l'autre frère non germain attenant à lui seulement de l'un des côtes ou paternel ou maternel, le germain aura la moitié de tous ses meubles et acquêts, pour raison du côté dont il lui attenait seul, et si aura la moitié de l'autre moitié : c'est à-savoir un quart en la totalité desdits meubles et acquêts pour raison de l'autre côté dont il était aussi prochain au trépassé comme le non germain; et ledit non germain aura seulement l'autre quart; et, quant au naissant, il suivra sa ligne, comme dit est ci-devant ».

Cette distinction des deux lignes s'observe tellement à la rigueur dans les coutumes de Bretagne, d'Anjou et du Maine, qu'à défaut de frère germain ou de demi-frère, soit du côté paternel, soit du côté maternel, ou de leurs représentans dans la même ligne, le seigneur succède aux acquêts et

(1) Ces mots *leurs portions* se rapportent à la cession d'un cinquième du quart faite à Boursin et sa femme, par l'acte du 11 mai 1778.

(2) C'est par erreur que Vaslin met la coutume de Chaumont en Bassigny dans cette classe.

Digitized by Google

aux meubles du défunt, à l'exclusion des demi-frères, soit maternels, soit paternels, pour la moitié des meubles et acquêts qui sont attribués à l'une des deux lignes (1). On sent bien que ce droit exorbitant ne peut pas être applicable aux autres coutumes de la même classe, quoique ce fût à peu près antrefois le droit commun de la France (2).

Neuvième classe. Coutumes qui, à défaut de descendans ou d'ascendans du défunt, donnent la totalité des meubles et acquêts, 1°. aux frères germains du défunt et à leurs descendans, à l'exclusion de ses demi-frères; 2°. à défaut de frères germains du défunt, à ses demi-frères et à leurs descendans, à l'exclusion de tous les autres collatéraux; 3°. à défaut de demi-frères, à tous le héritiers collateraux du défunt, mais en attribuant la moitié de ces sortes de biens à chaque ligne. Ce sont les coutumes de Bourbonnais, art. 315 et 317; de Bayonne, chap. 12, art. 12; et de Poiton, art. 295.

Ce droit singulier, qui admet un mélange de lois romaines et de notre ancien droit, est très bien expliqué par le chap. 12 de la contume de Bayonne. Cette coutume, après avoir appelé le père et la mère du défunt, à défaut de descendans, à la succession des biens acqnis par le defunt, et avoir ordonné que l'autre moitié sera *exposée pour l'ame du défunt, les frères et sœurs du défunt également exclus*, dit dans l'art. 12 : « Et en défaut des desceudans de père et de mère, en la moitié des bieus acquis par le décédé sans faire testament, succèdent *par branchages* également les frères et sœurs de tous côtés, avec les enfans des frères et sœurs de même qualité prédécédés, les frères et sœurs d'un seul côté totalement exclus. — Et, en défaut de frères et sœurs de tous côtés (ajoutent les art. 13 et 14) et de leurs enfans, succèdent les frères et sœurs d'un côté, avec les enfans des frères et sœurs de même qualité prédécédés, en la manière que dessus, non faite aucune différence, soient ou fussent du côté du père ou de la mère ». — Enfin l'art. 15 dit « qu'en défaut de tous frères et sœurs et de leurs enfans, ladite moitié est divisée entre les parens plus prochains, tant du côté du père que de la mère, posé qu'ils ne soient en pareils degres : assavoir est que la moitié de ladite moitié est baillée aux parens plus prochains du costé du père, entre lesquels est divisée par tête, et l'autre partie aux parens plus proches du costé de la mère, entre lesquels pareillement est divisée par têtes ».

La contume de Bourbonnais a des dispositions semblables; si ce n'est qu'elle ne prononce pas clairement l'exclusion des antres collatéraux par les demi-frères dn défunt.

La contume du Poitou n'est pas, à beaucoup près, aussi précise. Elle se contente de dire, dans l'art. 295, que « s'il advenait qu'il y eût deux frères, c'est assavoir, les deux puisnez de père et de mère, et leur aîné, frère de père seulement, si l'un des puisnés trespasse sans hoir de sa chair, ses meubles et acquêts appartiennent à son frère puisné, qui était de père et de mère, et *qui le représente*, encore qu'il n'y eût que meubles et acquêts, comme dit est ci-dessus ».

Dans l'art. 284, en donnant les meubles et acquêts des enfans décédés sans postérité, à leurs ascendans, elle les oblige, lorsque ces enfans ont *frères ou sœurs, à leur garder lesdits acquêts, pour être entr'eux partagés comme succédans à leur frère prédécédé.* Dans l'art. 217, elle ordonne que s'il y avait *héritiers de plusieurs branches, et que d'un branchage n'y eût héritage ancien, sera la moitié des acquêts ou des meubles à défaut d'acquêts, pour ce regard, censée héritage, pour y succéder et en disposer par la forme susdite; c'est-à-dire, de la manière réglée pour les propres.* Enfin, dans l'art. 277, elle dit qu'*en toutes successions, soient nobles ou roturières, directes ou collatérales, représentation a lieu infiniment, tant que le lignage se peut compter et reconnaître.*

Ces dispositions différentes ont douné lieu à plusieurs questions pour lesquelles on trouve heureusement un grand nombre de prejugés.

1°. L'on avait prétendu que la représentation dont parle l'art. 295, devait être limitée suivant la disposition de la novelle 118. Telle était l'opinion des plus anciens commentateurs de la coutume de Poitou, conforme, comme on le voit, au texte de la coutume de Bayonne. Mais, comme la coutume de Poitou admet en toutes successions, même en ligne collatérale, la représentation jusqu'à l'infini, tandis que celle de Bayonne ne l'admet qu'aux termes de droit, par arrêt du 3 juillet 1688, inséré au tome 5 du Journal des audiences, il a été jugé, pour la succession de Marguerite Blancher, que le privilége du Double Lien avait lieu au profit de la dame de La Sauvagère et consorts, arrière-neveux de la défunte, ou petits-fils de ses frères germains (3), à l'exclusion de François Jouet et consorts, qui n'étaient que petits-fils d'une sœur consanguine.

2°. En convenant que les descendans des frères germaius du défunt, à quelque degré qu'ils soient, ont le droit d'exclure des demi-frères ou leurs descendans de la succession aux meubles et acquêts du défunt, l'on a demandé s'il n'en devait pas être ainsi des antres pareus collateraux joints au défunt des deux côtés, et de leurs représentans, tels que l'oncle dans la succession de son neveu, le cousin dans celle de son cousin.

Vaslin, sur la coutume de la Rochelle, et Mignot, avocat très estimé dans la province de Poitou, sa

(1) Les coutumes d'Anjou et du Maine attribuent le mobilier au seigneur moyen justicier.

(2) V. Les coutumes notoires du châtelet, art. 92, les décisions de Me Jean des Mares, et les procès-verbaux de plusieurs coutumes où cette question est controversée.

(3) C'est par erreur que le traité de Mignot, page 412, n°. 55, dit que les sieurs de La Sauvagère et consorts étaient fils de frères, de père et de mère, de la défunte. V. liv. 4, chap. 17 du tome 5 du Journal des audiences.

Digitized by Google

patrie, et dont on vient de donner un traité posthume sur la représentation et le Double Lien, assurent que dans un cas semblable, et après une discussion exacte, il fut jugé, par arrêt du 31 août 1746, rendu à la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. Rolland de Challeranges, qu'il n'y avait pas lieu au Double Lien; et que, pour user de ce privilège dans la coutume de Poitou, soit que l'on succède par représentation ou autrement, il faut être né du même père ou de la même mère que celui dont il s'agit; c'est-à-dire, qu'afin que le Double Lien ait lieu, il faut succéder à un frère, à un oncle, à un grand oncle, ou représenter dans tel autre degré un frère ou une sœur du défunt.

Je crois bien que cette décision serait conforme au vrai sens de la coutume de Poitou, non seulement parceque l'art. 295 est pris manifestement dans la novelle 118, et qu'il faut se conformer par conséquent à l'esprit de cette novelle, autant que le permet celui de la coutume de Poitou; mais aussi parceque l'art. 295 n'etant qu'une dérogation à la loi générale de la province, qui divise en deux branches les meubles et acquêts du défunt, il ne peut être question du privilège du Double Lien lorsqu'on ne tient pas à ces deux branches; et enfin parceque la coutume, qui doit être prise à la lettre, ne parle que des *frères de père et de mère du défunt*, ou *de qui les représente*.

Mais il me semble qu'il n'est pas absolument certain que l'arrêt du 31 août 1746 ait jugé cette question aussi précisément que l'assurent les deux auteurs que l'on a cités.

On voit dans leurs ouvrages qu'il s'agissait de la succession de la démoiselle Brun entre la veuve Gracieux sa tante, qui était sœur germaine du père de la défunte, et les sieurs Pineau ses cousins, fils d'une sœur utérine du père de la défunte. La succession mobilière de la défunte était plus onéreuse qu'avantageuse, par les dettes dont elle était chargée, lesquelles sont toutes à la charge de celui qui succède aux meubles dans la coutume de Poitou. La veuve Gracieux soutenait donc qu'elle ne devait point jouir du droit de Double Lien; et ses parties adverses soutenaient, au contraire, qu'en sa qualité de sœur germaine de la mère de la défunte, elle devait seule en recueillir la succession mobilière, et en payer les dettes.

La veuve Gracieux avait été condamnée à la sénéchaussée de Fontenay-le-Comte, dont la sentence fut infirmée sur son appel. Il paraît bien, dans le compte que rend M. Mignot des moyens des parties, qu'on n'agita en effet que la question de savoir si la coutume de Poitou accordait le droit de Double Lien en pareil cas, et que la veuve Gracieux bornait sa défense à soutenir que l'art. 295 et la novelle 118 ne pouvaient y être appliqués.

Mais elle avait un autre moyen, celui de soutenir qu'on peut renoncer au privilège du Double Lien; et il est très possible que ce moyen, fondé sur les principes, sur la jurisprudence du parlement, et l'usage particulier du Poitou (1), ait influé sur l'arrêt, quoique la veuve Gracieux n'en fit point d'usage. Tous les jours les tribunaux suppléent les moyens de droit négligés par les parties. A plus forte raison ne faut-il pas dire avec Vaslin que cette décision convienne à toutes les coutumes où le Double Lien et la représentation jusqu'à l'infini sont admis.

3°. De l'obligation de conserver les acquêts aux frères du défunt, imposée aux ascendans par l'art. 284, sans distinction de frères germains ou demi-frères, on a conclu que le vœu de la coutume était d'assurer ces sortes de biens et les meubles mêmes, à défaut d'ascendans et de frères germains ou de leurs descendans, aux demi-frères du défunt, à l'exclusion de tous les autres collateraux, puisque ces demi-frères n'en étaient privés que par les ascendans et par les frères germains du défunt, ou leurs descendans.

Cet usage, qui est constant en Poitou, de l'aveu de tous les commentateurs, a été autorisé par la jurisprudence des arrêts: le dernier, qui est du 23 août 1770, fut rendu dans la plus grande connaissance de cause et sur des actes de notoriété de toutes les sénéchaussées de la province. Cet arrêt a même jugé que le privilège des demi-frères dans la succession de leur frère, se perpetuait à leurs descendans par le moyen de la représentation infinie admise dans cette coutume. Tous les actes de notoriété donnés dans cette instance, etaient bien d'accord sur le droit exclusif des demi-frères; ils ne différaient que sur l'extension de ce droit aux descendans des demi-frères, comme on le peut voir fort au long dans l'ouvrage de Mignot.

Cette extension du privilège des demi-frères à ceux qui les représentent, est très conforme à l'esprit de la coutume de Poitou; mais si ce privilège lui-même n'était pas assuré par un usage constant et autorisé par les arrêts, qui sans doute ont voulu rapprocher à cet egard la coutume de Poitou du droit commun, il faut convenir qu'on aurait bien de la peine à le trouver établi ou dans l'art. 284, ou dans l'art. 295.

Ce n'est donc qu'à défaut des frères germains du défunt, des demi-frères du défunt ou de leurs descendans, que les meubles et les acquêts qui se trouvent dans une successipn échue à des collatéraux, se divisent en deux lignes dans la coutume du Poitou.

Dixième Classe. Coutumes qui, en ligne directe, donnent certains biens aux enfans du premier mariage, et d'autres sortes de biens aux enfans du second mariage. Telles sont les coutumes de Chartres et de Bordeaux, dont les dispositions, ainsi que celles de la huitième et de la onzième classe, tiennent à nos plus anciens usages.

La coutume de Chartres, dans l'art. 98, dit « qu'aux enfans du premier mariage appartiennent

(1) Voyez la question qui termine cet article.

Digitized by Google

les propres héritages échus en fief, et, aux enfans du second mariage, les conquêts tenus en fief; et sont tous mariages reputés seconds, hors le premier. Les autres héritages tenus en censif se partissent également entre tous lesdits enfans».

Lorsque les enfans viennent, non pas à la succession de leur père ou de leur mère, mais à celle de leurs aïeux et de leur chef, au moyen de la renonciation qu'ils ont faite à la succession de leur père ou de leur mère, ce partage par lits doit-il s'observer? Dumoulin décide que non, parcequ'en venant de leur chef, les enfans ne peuvent pas partager par lignes; il convient d'ailleurs que l'esprit de la coutume semble être en faveur de ce partage par lits.

Bien que la coutume de Bordeaux n'admette point la communauté entre conjoints, lorsqu'un homme a des enfans de divers lits, elle défère, dans l'art. 70, *les acquêts des biens immeubles et héritages par lui faits, aux enfans du mariage durant lequel ils auront été faits, réservé la légitime aux autres enfans des autres mariages èsquels n'auraient été faits acquêts, si le demeurant des biens du père, outre lesdits acquets, ne suffisait à ladite légitime.*

C'est par une suite de ce même principe, que, dans l'art. 72, elle défère, dans la succession du fils, ces mêmes acquêts devenus des propres naissans, aux frères ou sœurs germains du défunt, à l'exclusion des frères ou sœurs non germains.

Les dispositions de ces articles s'appliquent également à la mère qui a été mariée plusieurs fois, lorsque son contrat de mariage porte la stipulation de la société d'acquêts ou de communauté. Mais les meubles acquis durant un mariage, ne sont point compris dans le privilège accordé par l'art. 70, parceque la coutume ne parle que *des acquêts des biens immeubles et héritages*, et que souvent même il serait impossible de distinguer ce qui a été acquis durant chaque mariage.

Tel est l'avis des nouveaux commentateurs de cette coutume. Ils rapportent aussi différens arrêts qui ont jugé que le conjoint remarié pouvait disposer des acquêts faits pendant le premier mariage, non seulement entre les enfans de ce mariage, mais aussi au profit des enfans d'un autre lit.

Pour tout le reste, on suit, dans la coutume de Bordeaux, sur le Double Lien, les principes du droit écrit; et les frères ou sœurs germains excluent de la succession des meubles et acquêts de leur frère ou sœur défunts, les frères ou sœurs non germains.

Onzième classe. Coutumes qui, en cas de divers mariages, divisent les biens du défunt en autant de portions égales qu'il y a dedits, pour en attribuer une aux enfans de chaque lit. Ces coutumes sont celles de Soles, tit. 27; de Saint-Sever et de Labourt, tit. 12; et d'Ax, tit. 2. Elles donnent à l'aîné une grande partie des biens, ou même la totalité dans de certains cantons, à la charge *d'apportionner* ses cadets comme elles l'ont réglé. Mais ce droit d'ainesse ne s'étend point d'un lit à l'autre; et l'aîné de chaque mariage en jouit vis-à-vis de ses frères germains seulement, en partageant avec l'aîné de chacun des autres lits.

§. III. *Des biens et droits auxquels s'étend la prérogative du Double Lien.*

Il y a cette différence entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit, que dans ceux-ci le Double Lien s'étend indifféremment à toutes sortes de biens, parcequ'on n'y connaît point les propres; et que dans ceux-là les meubles et acquêts seulement sont sujets à ce privilège, les propres y étant toujours déférés au côté dont ils proviennent sous les différentes modifications portées par les coutumes.

Il faut excepter de cette règle, 1° les coutumes de Chartres et de Bordeaux, dont on a vu les dispositions à la fin du paragraphe précédent; 2°. celle de Bourgogne, qui, dans l'art. 20 du chap. 7, admet aussi le Double Lien, pour toutes sortes de biens, quoiqu'elle connaisse les propres sous le nom d'*anciens;* 3° la coutume de Berry, qui, dans les art. 6 et 7, ne préfère les frères et les enfans des frères germains aux parens conjoints au défunt d'un seul côté, que pour les *héritages*.

On a beaucoup douté si cet article devait être pris à la lettre, et si l'on ne devait pas comprendre à plus forte raison dans le privilège du Double Lien, les meubles et acquêts suivant le droit commun des coutumes de France. Dumoulin était de cet avis avec plusieurs auteurs; mais un arrêt du 8 février 1601 a rejeté cette extension; et il ne paraît pas que la question se soit renouvelée depuis dans cette coutume, bien que plusieurs auteurs, et particulièrement Guyné, paraissent croire que l'opinion de Dumoulin était la plus conforme à l'esprit de la coutume, et que Ragueau même assure que l'ancien usage du Berry était contraire à la décision de l'arrêt.

Quoique tous les jurisconsultes reconnaissent que dans les autres coutumes, la règle générale est de déférer en collatérale les propres à la ligne dont ils procèdent, sans distinction de Double ou de simple Lien, il s'est présenté plusieurs difficultés pour fixer quelles sortes de biens doivent à cet égard être répatés propres ou acquêts, et tomber dans le privilège du Double Lien.

PREMIÈRE QUESTION. *Les propres conventionnels y sont-ils compris?*

Umeau pense que pour les empêcher de tomber dans le privilège du Double Lien, il suffit qu'il y ait eu une stipulation expresse qui les rende propres au défunt, *aux siens et à ceux de son estoc et ligne.*

Je crois qu'il faut faire ici une distinction. Ou bien il s'agit de la succession de la personne dont les meubles ont été réalisés, ou bien il s'agit de la succession de ses héritiers.

Digitized by Google

Dans le premier cas, lors, par exemple, qu'il est question de partager la succession d'une femme dont le contrat de mariage contenait la réalisation d'une certaine somme, il me semble, comme le dit Vaslin sur l'art. 51 de la coutume de la Rochelle, que pour exclure les deniers ainsi réalisés du privilège du Double Lien, il faut qu'il y ait eu dans la clause de réalisation, « une déclaration qu'elle opérerait dans les deux lignes précisément, parcequ'alors chacun a stipulé en faveur des parens de sa ligne; an moyen de quoi, la qualité de propre imprimée par la clause, devant avoir son effet dans chaque ligne, exclut toute préférence de Double Lien; mais, si la réséliation n'a été faite que pour le côté et ligne de la fille, on si la fille s'est mariée et dotée *de suo*, c'est autre chose; et rien n'empêche en ce cas l'exercice du privilège du Double Lien dans sa succession, parcequ'elle est censée n'avoir fait la stipulation que pour exclure son mari, et nullement pour intervertir l'ordre de sa succession par rapport à ses héritiers. La règle est, dans ce cas, que les deniers réalisés sont dévolus comme purs meubles au plus proche héritier. Or, celui qui est dans les termes du Double Lien, est le plus proche héritier habile à succéder aux meubles et acquêts ».

Dans le second cas, et lorsqu'il s'agit de la succession de l'un des enfans de celle dont le contrat de mariage portait la clause de réalisation, il faut faire une sous-distinction. Ou bien il s'agit de partager la succession de cet enfant entre ses frères germains et ses frères consanguins, et dans ce cas, la clause de réalisation faite en faveur de la mère et *des siens*, paraît devoir exclure les frères consanguins du défunt comme tous les autres héritiers particuliers du père, qui ne sont pas les héritiers de la mère: ou bien il s'agit de partager la succession de cet enfant entre ses frères germains et ses frères utérins; et, alors, il faut dire comme Pothier, dans sa note sur l'art. 330 de la coutume d'Orléans, « que le frère utérin succédera, concurremment avec les frères germains, à la part qu'avait le défunt dans la reprise d'une somme stipulée par leur mère, *propre à elle et aux siens;* et que la parenté paternelle que les frères germains ont de plus que lui, étant une parenté qui ne peut donner aucun droit à la succession de ce propre conventionnel, ils n'y ont pas plus de droit que lui ».

Il n'est pas besoin d'ajouter que, s'il y avait à la fois des frères germains, des frères consanguins, et des frères utérins du défunt, les frères utérins devraient être seuls admis à concourir à la succession de la portion échue au défunt dans les deniers que sa mère avait stipulés propres à *elle et aux siens*. Les frères consanguins qui ne sont point héritiers de la mère, n'y pourraient rien prétendre; mais, dans tous ces cas, l'extension de la clause de réalisation à *ceux de son estoc et ligne*, ne changerait rien à ces décisions, parceque cette clause n'est faite que pour exclure le mari et ses héritiers.

Dans les coutumes même qui étendent le privilège du Double Lien aux oncles et aux tantes du défunt, ou à des parens plus éloignés, cette extension de la clause de réalisation *à ceux de son estoc et ligne*, ne produirait aucun changement dans le privilège du Double Lien. Si donc la mère du défunt, ayant stipulé propre une certaine somme *à ceux de son côté et ligne*, il se présentait pour succéder à ce propre conventionnel maternel, un oncle maternel du défunt, frère germain de sa mère, et un autre oncle maternel, frère de sa mère d'un côté seulement, l'oncle maternel du Double Lien devrait être préféré, comme pour une succession mobilière, toujours par le principe que cette reprise n'est réputée propre que contre la famille du père du défunt. Entre les parens maternels qui ne sont censés avoir rien stipulé entre eux, cette reprise ne peut être regardée que comme une action mobilière, comme elle l'est véritablement. Les fictions de propres, comme toutes les autres, ne reçoivent point d'extension au-delà du cas pour lequel elles ont été introduites. *V. Réalisation.*

Deuxième question. — *Les propres naissans sont-ils compris dans le privilège du Double Lien?*

A prendre les termes des coutumes à la lettre, il ne peut y avoir de difficulté à les en exclure, puisqu'elles ne parlent que des *meubles, acquêts et conquets*, ou des *meubles, dettes et conquêts*. Mais, si l'on cherche l'esprit de ces mêmes coutumes, on verra qu'elles n'excluent les propres du droit de Double Lien, que parcequ'on les partage suivant la règle *paterna paternis, materna maternis*. Les propres naissans qui ne sont affectés à aucune ligne, ne doivent donc pas tomber dans cette exclusion.

Aussi Dumoulin, dans une de ses notes sur les conseils d'Alexandre, dit-il expressément que *le frère germain n'exclut point le frère consanguin dans les biens paternels, ni le frère utérin dans les biens maternels; mais qu'il les exclut dans les biens meubles et acquêts, dans les actions ou créances du défunt* (nominibus), *et dans les autres biens indifférens, qui ne sont affectés à aucune ligne.*

Guyné, dans son *Traité du Double Lien*, est du même avis; il cite un arrêt du 17 juillet 1691, rendu pour la coutume de Blois, et qui se trouve aussi dans Augeard, tome 3, chap. 18, folio 65 et suivans.

L'autre opinion a encore plus de partisans; c'est celle de Charondas et de Tournet sur la coutume de Paris, et de Boncheul sur celle de Poitou, qui assurent même que cela a été ainsi jugé par arrêt du 20 février 1593, rendu pareillement pour la coutume de Blois.

Pothier décide la même chose pour la coutume d'Orléans; et il assure qu'on l'a jugé ainsi en dernier lieu dans son siége, quoique le contraire eût été jugé quelque temps auparavant.

Enfin Mignot rend compte, à la fin de son traité, d'un arrêt rendu sur productions, le 10 mai 1758, qui a, selon lui, jugé la même chose pour la coutume de Poitou, en faveur de la dame de Montbrun

Digitized by Google

contre le marquis de Lostanges, dans la succession du sieur de Belleville, d'après un acte de notoriété que la cour avait demandé à la sénéchaussée de Poitiers. — Mais, d'après les détails même où entre cet auteur, il y a lieu de croire que la question n'a pas été jugée.

Il s'agissait, dans cette espèce, de la succession du sieur de Belleville, mort sans enfans, laquelle était prétendue par le marquis de Lostanges, son cousin-germain utérin, et par la dame de Montbrun, sa cousine issue de germain dans l'estoc paternel. — Le marquis de Lostanges prétendait exclure la dame de Montbrun des propres naissans acquis par le père du défunt, comme étant, aux droits de son père, frère utérin de l'acquereur, qui, selon lui, aurait exclu tous les collatéraux de cet acquéreur. Une sentence arbitrale, rendue par trois avocats au parlement, avait admis cette prétention. — La dame de Montbrun en interjeta appel. Elle soutint que c'était là le cas de partager ce propre naissant en deux lignes. Il paraît à la vérité qu'on discuta dans cette contestation, avec plusieurs autres questions qui lui étaient étrangères, les principes sur le Double Lien admis par la coutume de Poitou, et que la cour demanda à la sénéchaussée de Poitiers un acte de notoriété sur la question de savoir si les propres naissans tombaient dans le privilège du Double Lien, et dans celui qui est accordé aux frères non germains, contre les autres collatéraux à défaut de frères germains. — Mais on voit qu'elle demandait aussi l'acte de notoriété sur d'autres questions, et pour savoir, « 1°. si la représentation infinie, admise par l'art. 277, s'appliquait distinctement aux deux lignes paternelle et maternelle, pour venir dans chaque ligne par droit de representation à la même succession, sans que les parens de l'une, quoique plus proches en degré, pussent exclure, soit de leur chef, soit par representation de ceux de leur ligne, les parens plus éloignés de l'autre ligne qui leur était étrangère; 2°. Si l'art. 295 (de la coutume de Poitou), qui admet le privilège du Double Lien en faveur des frères et sœurs germains, n'avait lieu seulement que pour les meubles et acquêts de leurs frères et sœurs prédécédés, et non pour leurs propres naissans; et si ce privilège s'etendait ou ne s'étendait pas aux successions des neveux et cousins, sur-tout dans le cas où ces neveux et cousins ne sont que parens utérins; 3°. Si l'usage qui s'était introduit en Poitou, à défaut de frères ou sœurs germains, d'accorder aux freres et sœurs consanguins et utérins les meubles et acquêts, pouvait s'appliquer et s'étendre aux propres naissans et aux meubles et acquêts des neveux ou des cousins; 4°. Si, hors des cas des frères et sœurs germains, ou à leur défaut des frères et sœurs consanguins ou utérins qui succèdent aux meubles et acquêts de leurs frères ou sœurs, les autres collatéraux des deux lignes ne devaient pas partager également, non seulement les meubles et les acquêts, mais encore les propres naissans ». — L'acte de notoriété de la sénéchaussée de Poitiers atteste la négative sur les trois derniers chefs, en répondant sur le premier chef, « que la représentation infinie admise par l'art. 277 de la coutume de Poitou, s'applique distinctement et avec effet aux deux lignes paternelle et maternelle; que chaque ligne vient par représentation à la succession, sans que les parens de l'une, quoique plus proches en degré excluent, soit de leur chef, soit par représentation de leur ligne, les parens les plus éloignés de l'autre ligne, qui leur est étrangère ». — On voit, d'après cela, que l'acte de notoriété a bien décidé entr'autres choses, que dans la coutume de Poitou, les propres naissans ne tombaient point dans le privilège du Double Lien, ou dans celui qui est accordé aux frères non germains, à défaut de frères germains, et dont il s'agissait ici; mais que, pour condamner le marquis de Lostanges, il n'a pas été nécessaire d'examiner ce point de droit, qui était lui-même subordonné à celui de savoir s'il pouvait y avoir lieu au privilège du Double ou du simple Lien dans la succession d'un neveu. Or, l'arrêt du 31 août 1746, rapporté par l'Epine de Grainville, avait jugé, suivant Miguot lui-même, que ce privilège n'avait point lieu en faveur des oncles et des tantes pour aucune sorte de biens; et ce point de droit ne paraît pas du moins contestable, quel qu'ait pu être le motif de décision de l'arrêt de 1746. Il ne pouvait donc pas y avoir de difficulté, lors de celui du 10 mai 1758, à rejeter la prétention du marquis de Lostanges, sans qu'il fût nécessaire d'examiner si l'espèce de biens qu'il réclamait tombait ou non dans le privilège du Double Lien.

L'arrêt cité par Guyne, pour l'opinion contraire, est plus positif; mais il ne juge qu'un cas particulier. en voici l'espece.

Isaac Layreau, marié deux fois, avait eu de son premier mariage trois enfans, *Isaac*, *Marie* et *Marguerite Layreau*. De son second mariage il n'avait eu qu'une fille, *Jeanne Layreau*. Marie Layreau était prédécédée après avoir fait quelques acquisitions: ses acquisitions et ses meubles avaient été partagés entre Isaac et Marguerite Layreau, ses frères et sœurs germains, à l'exclusion de Jeanne Layreau, sa sœur consanguine. Marguerite Layreau, après avoir recueilli moitié des acquêts et du mobilier de sa sœur, mourut aussi. Cette portion d'acquêts formait des propres naissans dans sa succession. Jeanne Layreau, sa sœur consanguine, prétendit que ces propres naissans ne devaient point être compris dans le privilège du Double Lien. Isaac Layreau, frère germain de la défunte, prétendit qu'ils devaient y être compris; et l'arrêt du 17 juillet 1691 le jugea de même.

Mais on voit qu'il ne s'agissait ici que de propres naissans qui étaient provenus de la succession d'une autre sœur germaine, à laquelle Jeanne Layreau, sœur consanguine de l'une et de l'autre, n'avait point été capable de succéder. Or, suivant les principes communs de nos lois coutumières, on sait que, pour être en état de succéder à un propre, il faudrait avoir été capable de succéder à l'acquéreur de ce même bien. Jeanne Layreau ayant été exclue

Digitized by Google

par les frères et les sœurs germains de Marguerite Layreau, de la succession de ses acquêts, devait en être également exclue dans la succession de Marguerite Layreau, où ces acquêts se trouvaient des propres naissans, parceque d'un côté son incapacité subsistait toujours, et que de l'autre la faveur de son concurrent était la même, puisque ces biens devenus propres ne provenaient pas moins d'une personne à laquelle elle ne pouvait succéder en concurrence avec les frères et les sœurs germains, tant qu'il en resterait.

Autre chose eût été s'il se fût agi de la succession d'un propre naissant acquis par le père ou la mère commun des frères germains et des frères non germains. On ne trouve point que cette question ait été jugée précisément; car l'espèce de l'arrêt du 20 février 1595, rendu, dit-on, aussi pour la coutume de Blois, n'est point assez connue pour s'y arrêter.

Pour finir sur cette matière, il me semble qu'en mettant à part le cas singulier où le propre naissant a été acquis par un frère germain, et recueilli dans sa succession par son frère germain, on pourrait décider, par une distinction, si les propres naissans tombent ou non dans le privilège du Double Lien. — Ou ces propres naissans ont été acquis par le père ou la mère, ou par un autre parent commun des frères germains et des frères non germains; et, dans ce cas, il paraîtrait naturel d'admettre à la succession même les freres non germains; il ne peut y avoir de difficulté, lorsqu'ils ont été acquis par le père ou la mère commun, puisque ce sont alors des propres de ligne, qui doivent suivre la règle *paterna paternis*, *materna maternis;* mais il me semble qu'il en devrait être de même lorsqu'ils ont été acquis par un parent collatéral commun des frères germains et des frères non germains, quoiqu'ils aient été recueillis dans la succession par un frère germain. Les frères non germains, parens de l'acquéreur, doivent y succéder concurremment avec les frères germains, puisqu'ils auraient été habiles à les recueillir dans la succession de l'auteur commun qui les avait acquis; et qu'ils ont dû concourir en effet, dans cette succession, avec le défunt et ses frères germains. — Ou bien ces propres naissans ont été acquis par un parent des frères germains étranger aux frères non germains, et alors ces frères non germains doivent, ce me semble, être exclus par les frères germains, non en vertu du privilège du Double Lien, mais en vertu de la règle *paterna paternis*, *materna maternis*, s'ils viennent du père ou de la mère, ou du principe qu'ils n'auraient pu succéder à l'acquéreur, s'ils viennent d'un autre parent collatéral.

Telle est du moins la décision donnée par la coutume de Bayonne. Il faut ici se rappeler que cette coutume, à défaut de postérité, veut que l'on *expose moitié des acquêts du défunt pour le repos de son ame;* qu'elle transmet l'autre moitié d'abord aux pères et mères, puis aux frères germains et à leurs enfans, puis aux frères non germains et à leurs enfans; et qu'enfin, à défaut d'eux tous, elle divise également cette moitié *entre les parens plus prochains du côté du père et de la mère, posé qu'ils ne soient en pareil degré.*

Elle ordonne de même dans l'art. 16, que *la moitié des biens de conqueste faits par les père ou mere durant leur mariage, obvenus à l'enfant décédé sans enfans et faire testament, sera exposée pour l'ame du défunt, et qu'à l'autre moitié succede celui des pere ou mere qui est en vie, les frères et sœurs du défunt totalement exclus;* après quoi elle s'exprime ainsi, art. 17, 18, 19 et 20. — « Et, en défaut des père ou mère en la moitié de tels biens de conqueste faits par le père ou mère durant leur mariage, et par leur succession, ou de l'un d'eux, obvenus à l'enfant après décédé sans testament, succèdent *par branchages* également les frères et sœurs, avec les enfans des frères et sœurs de tous costés. — Et, *posé qu'ils ne soient ou fussent frères et sœurs que dudit costé dont ils sont advenus, succèdent avec les frères ou sœurs de tous costés.* — Et, en defaut de frères ou sœurs du côté dont lesdits biens de conqueste sont obvenus et de leurs enfans, *succèdent en ladite moitié ceux qui se trouvent plus prochains parens descendans du costé dont lesdits biens de conqueste sont obvenus* appelés vulgairement *rière-neveux*. Et, en defaut de tels parens descendans de l'acquérant, ladite moitié est divisée entre les plus prochains parens, tant du côté du père que de la mere, posé qu'ils ne soient en pareil degré, et en la façon qui a été dicte de la moitié des biens acquis par le décédé ».

Cette décision ne concerne que les *conquêts* faits durant le mariage; mais les articles suivans répètent la même chose pour les acquêts faits par les père et mère antérieurement à leur mariage, que la coutume appelle *biens avitins*.

Seulement, lorsque le défunt était marié, son conjoint qui lui survit succède à un tiers de ces sortes de biens; et les deux autres tiers se règlent comme on vient de le dire, suivant les art. 22, 23, 32 et 33.

La coutume de Saint-Jean-d'Angély, avec quelques autres coutumes, a une disposition semblable dans les art. 100 et 101, pour les propres naissans qui viennent du père ou de la mère; et l'analogie offre, ce semble, la même règle pour les propres naissans acquis par un parent collatéral.

La coutume de Bordeaux paraît d'abord contraire à cette décision, lorsque dans l'art. 72, elle préfère les frères et même les sœurs germains aux frères et aux sœurs consanguins ou utérins dans la succession des propres naissans du frère, qui ont été acquis par son père durant le mariage dont il est né: mais au fond elle a le même esprit; car cette coutume donne tous ces acquêts faits durant le mariage, aux seuls enfans qui en procèdent. Elle regarde donc ces propres naissans comme devant être partagés dans la succession du fils, de la même manière qu'ils l'auraient été dans la succession du père, lorsqu'ils n'étaient que des acquêts.

Digitized by Google

TROISIÈME QUESTION. *Lequel doit prévaloir ou du privilège de la masculinité, ou du privilège du Double Lien?*

On sait que, dans la plupart de nos coutumes, les mâles excluent les femelles à degré égal dans la succession des fiefs en ligne collatérale : cette exclusion a même lieu dans quelques coutumes en ligne directe. On trouve les auteurs encore fort partagés sur la préférence qui doit être donnée au Double Lien ou à la masculinité, lorsque dans une succession collatérale qui est à partager entre un demi-frère, d'une part, et une sœur germaine de l'autre, il se trouve des acquêts féodaux.

Tiraqueau, dans son Traité du Retrait lignager sur la coutume de Poitou, assure, d'après Balde, que le privilège du Double Lien dans la personne d'une femelle, doit l'emporter sur l'exclusion que des statuts particuliers peuvent prononcer contre elle en faveur des mâles. Il dit ensuite que ce principe n'a pas lieu dans les biens féodaux; mais c'est pour ceux qui sont régis suivant *les livres des fiefs*, à l'égard desquels on ne considère que la parenté du côté du père et non celle du côté de la mère, en sorte que le frère germain n'y peut exclure à ce seul titre le frère uon germain.

Le Brun, liv. 1, chap. 6, sect. 2, de son *Traité des Successions*, assure aussi que la préférence du Double Lien sur la masculinité est une maxime constante; et qu'elle a été autorisée par deux arrêts, l'un du 3 janvier 1550, rendu dans la coutume d'Orléans, qui est rapporté par Le Vest, et l'autre sans date, rapporté par Pithou, sur la coutume de Troyes. Il cite l'opinion de Paul de Castres et de Dumoulin. Mais ce dernier auteur, au moins, n'a parlé dans les passages où renvoie Le Brun, que des propres, qui ne peuvent pas être sujets au Double Lien.

On ne connaît pas assez l'espèce des arrêts cités par ces auteurs, pour y faire beaucoup de fond. On peut voir dans Guyné la critique qu'il en a faite. Il serait d'autant plus inutile de la rapporter ici, que cette question ne peut plus faire de doute aujourd'hui, pour les deux coutumes où l'on allègue que ces arrêts ont été rendus. L'art. 93 de la coutume de Troyes, qui parle du droit de Double Lien, en excepte nommément les terres nobles (1); et lors de la reformation de la coutume d'Orléans, postérieure à l'arrêt du 3 janvier 1550, on y insera une pareille exception.

Guyné dit que ces coutumes sont les seules qui aient décidé la question; et pour montrer qu'elles doivent servir de règle générale, il observe que la préférence des mâles aux femelles tient aux principes les plus anciens du droit des fiefs; que le Double Lien n'a été introduit que postérieurement; et que néanmoins on n'a point supprimé la préférence des mâles aux femelles dans les coutumes qui l'accordaient déjà; que l'on a, au contraire, conservé l'exclusion des femelles par les mâles en ligne collatérale dans la coutume de Paris, en rejetant expressément le Double Lien, lorsqu'on y a introduit la représentation dont il est généralement la suite; d'où il veut faire résulter qu'on a toujours préféré le privilège des mâles au Double Lien, et que pour faire subsister ces deux règles dans les coutumes qui les admettent concurremment, il faut donner à la plus ancienne toute son étendue, *et réduire la seconde, qui concerne le privilège du Double Lien, entre les héritiers qui n'ont d'autre prérogative que la parenté de degré seulement.*

Il ajoute que le Double Lien n'ôtant point à ceux à qui on l'objecte la parité de degré, il ne peut rien déranger dans l'exclusion des femelles, qui est généralement prononcée en ligne collatérale dans le cas de cette égalité de degré.

Ces raisons paraissent très fortes; et un arrêt rendu pour la coutume de Nivernais, le 1er juillet 1729, paraît les avoir adoptées. De l'Epine de Grainville, qui le rapporte, observe néanmoins à cette occasion que « les doutes ne sont pas entièrement dissipés sur une question difficile par la seule disposition de l'arrêt qui l'a jugée; qu'il faut, pour que l'on s'y soumette volontiers, que l'équité de la décision se réunisse à l'autorité de la chose jugée; que d'ailleurs il est nécessaire de connaître bien l'état de la question, ainsi que les motifs qui ont servi à la décider, pour ne pas se tromper dans l'application qu'on en veut faire ».

Au surplus, cet arrêt et la décision de Guyné sont absolument inapplicables aux coutumes des deux dernières classes du paragraphe précédent, qui partagent les successions ou partie des successions par lit entre les enfans de divers mariages.

Ainsi, la coutume de Bordeaux, art. 70 et 72, défère aux enfans de chaque mariage les acquêts que le père y a faits; et quoique les filles soient en général exclues par les mâles en pareil degré, les sœurs germaines du défunt succèdent à l'exclusion des demi-frères à ces acquêts que leur frère germain avait recueillis dans la succession du père commun.

La coutume d'Acqs, tit. 2, art. 1, défère à l'aîné mâle *les maisons nobles vulgairement dits héritages* gentioux, *tant ès biens avitins que acquêts*, à la charge *d'apportionner* ses frères et sœurs de la manière qu'elle le prescrit; mais elle ajoute, art. 8, que *quand il y a enfans de divers mariages, telle succession d'héritages nobles est divisée en autant de parts qu'il y a de mariages, et l'aîné ou l'aînée respectivement de chacun mariage succède universellement en la portion contingente ledit mariage, et ce ô* (avec) *la charge que dessus, réservé toutes fois à l'aîné du premier mariage le capdheul* (principal manoir) *par preciput.*

Les articles suivans établissent une règle semblable pour les biens *ruraux* ou roturiers, dans une partie du ressort de cette coutume. Les coutumes de

(1) C'est du moins ce que dit Guyné; mais on ne voit pas trop si l'exception portée par l'art. 93 se rapporte au Double Lien. La coutume d'Orléans est plus positive.

Digitized by Google

Saint-Sever et de Labonrt ont les mêmes dispositions au titre 12 : l'une pour tous les biens sans exception, et l'autre pour les biens nobles et les biens *ruraux avitins*, c'est-à-dire, les propres anciens roturiers seulement. Enfin cette dernière règle se trouve encore écrite dans le tit. 27 de la coutume de Soles en Béarn.

QUATRIÈME QUESTION. *Peut-on renoncer au privilège du Double Lien?*

Cette question a été encore fort agitée par les commentateurs de la coutume de Poitou, où elle est d'une grande importance, parceque les dettes sont à la charge de l'héritier mobilier. On disait contre la renonciation, que la qualité d'héritier était indivisible; et que celui qui répudiait les meubles, devait être aussi exclus des propres, le tout ne faisant qu'une seule et même succession.

Les partisans de l'opinion contraire ont fort bien répondu qu'un privilège introduit par la coutume, ne devait point tourner au préjudice de ceux en faveur desquels il a été accordé. Umeau cite une foule de lois romaines qui établissent ce principe dans tous les cas qui n'intéressent ni le droit public ni les bonnes mœurs. Il cite aussi la coutume de Tours, qui, dans l'art. 273, permet à la fille aînée de renoncer au privilège que la coutume lui donne sur les meubles, à la charge de payer les dettes.

Cette dernière opinion a prévalu. Un arrêt cité par Coustant l'a adoptée; et tous les auteurs, de cette province du moins, conviennent que tel est l'usage qui s'y pratique. (M. GARRAN DE COULON.)

Brodeau, sur l'art. 289 de la coutume de Touraine, atteste la même chose par rapport à cette coutume. Voici les termes de cet auteur : « L'usage confirmé par les arrêts donnés en cette coutume, est pareillement que celui qui est conjoint des deux côtés, peut renoncer à son privilège, pour partager le tout également, et par ce moyen s'exempter du paiement de toutes les dettes mobilières ».

C'est aussi le sentiment de Dumoulin, sur l'art. 315 de la coutume de Bourbonnais.

SECTION III. *Disposition des lois nouvelles sur le Double Lien.*

Toutes les dispositions des lois romaines et des coutumes que l'on a parcourues et discutées dans les sections précédentes, ont été abolies par l'art. 61 de la loi du 17 nivose an 2.

Et par l'art. 89 de la même loi, il a été dit que *la loi n'accorde aucun privilège au Double Lien; mais* (a ajouté le même article), *si des parens collatéraux descendent tout à la fois des auteurs de plusieurs branches appelées à la succession, ils recueilleront cumulativement la portion à laquelle ils sont appelés dans chaque branche.*

Le Code Napoléon a été, à peu de chose près, rédigé dans le même esprit. Voici quelles sont là-dessus ses dispositions.

« *Art.* 733. Toute succession échue à des ascendans ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales; l'une pour les parens de la ligne paternelle, l'autre pour les parens de la ligne maternelle. — Les parens utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'art. 752. Les germains prennent part dans les deux lignes. — Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes.

« 721. Si les père et mère de la personne morte sans postérité lui ont survécu, ses frères, sœurs ou leurs représentans ne sont appelés qu'à la moitié de la succession. Si le père ou la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts.

» 752. Le partage de la moitié ou les trois quarts dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même lit; s'ils sont de lits différens, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins et consanguins chacun dans leur ligne seulement : s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parens de l'autre ligne ».

V. Paterna paternis, Représentation et *Succession.*]]

DOUBLEMENT. C'est, en matière de finances et d'eaux et forêts, une enchère qui augmente de moitié le prix de la vente, en sorte que si l'adjudication est de 1,500 liv., le Doublement doit être de 750 liv. *V. Surenchère.*

* DOUTE. Incertitude où l'on est sur la vérité d'un fait, d'une proposition, d'une assertion ou de toute autre chose.

I. La position la plus embarrassante pour un juge, est celle du Doute. Cette position n'est pas celle des magistrats les moins sages et les moins éclairés. On remarque tous les jours que ceux qui ont le moins d'expérience et de lumières, sont les plus hardis à trancher sur les difficultés les plus épineuses. Il ne faut pourtant pas que ce Doute soit un obstacle perpétuel à une décision : pour en sortir, il y a des règles qui ne sont pas toujours infaillibles, mais qui sont au moins les plus sages, et avec lesquelles il est toujours consolant de s'être trompé.

Ces règles seraient d'un détail infini si nous devions ici les parcourir. Nous ne supposons pas un Doute fondé sur l'ignorance de la loi, de la jurisprudence et des principes du droit; un Doute pareil ne peut décemment se concilier avec les connaissances que doit avoir un magistrat; mais nous voulons parler d'un Doute qui naît d'une infinité d'idées opposées entre elles sur des questions problématiques.

II. En matière civile, nous avons pour maxime que, dans le Doute, il faut se décider contre celui qui ne prouve pas, et au pouvoir duquel il était

Digitized by Google

de prendre des précautions pour s'assurer l'objet de sa demande : *actore non probante, absolvitur reus.*

Dans les conventions, on a aussi pour règle d'en interpréter les clauses contre celui au profit duquel elles sont stipulées, faute par lui de les avoir expliquées ou fait expliquer d'une manière claire et suffisamment étendue, *in cujus erat potestate legem apertiùs dicere.*— De même aussi dans le Doute entre la cause du créancier et celle du débiteur, la cause de ce dernier est toujours regardée comme la plus favorable ; *in obscuris, quod minimum est sequimur.*— Sur l'incertitude s'il y a de la fraude ou non dans tel fait, dans telle stipulation, dans telle démarche, on doit croire qu'il n'y en a point ; parceque chacun est présumé se conduire suivant les règles de la droiture et de la bonne foi : *fraus numquàm præsumitur.* Néanmoins entre proches parens, on a pour règle de croire que la collusion se pratique aisement : *inter propinquos fraus facilè præsumitur.*

Quand on a reçu quelque chose d'un débiteur, et qu'il est question de savoir si ce qui a été reçu, l'a été en don ou en paiement, on présume que c'est en paiement ; d'abord parceque personne n'est présumé enclin à donner : *nemo donare præsumitur ;* en second lieu, parcequ'il est naturel de se libérer envers son créancier avant de se montrer libéral envers lui : *nemo liberalis nisi liberatus.*

Dans le doute si les dispositions de la loi peuvent s'étendre à tel cas particulier, on doit se décider pour l'affirmative, quand c'est en matière favorable ; et penser différemment sur les cas de rigueur : *odiosa restringenda, favores ampliandi.*

C'est sur-tout en matière de testament, qu'il importe d'avoir des règles pour résoudre les Doutes que font naître les dispositions des testamens. *V. Legs.*

On verra à l'article *Règle de Droit*, une énumération de plusieurs maximes que les jurisconsultes romains nous ont laissées pour nous guider avec une certaine sécurité sur les points où se perdent les lumieres des maîtres les plus exercés.

Lorsque la loi qui est faite pour lever les Doutes et les scrupules, donne elle-même lieu à des Doutes invincibles sur quelque article particulier, le parti que prennent alors les juges est de renvoyer les parties à se pourvoir par-devers le législateur pour obtenir une interprétation sûre de sa volonté.

[[Ils ne le peuvent plus aujourd'hui. *V. Déni de justice* et *Référé au législateur.*

La cour de cassation a seule ce pouvoir ; et encore ne l'a-t-elle que dans le cas déterminé par la loi du 16 septembre 1807, qui est rapportée à la fin du tome 3. *V.* au surplus *Interprétation.*]]

II. En matière criminelle, il peut se présenter bien des Doutes sur différens faits et différentes circonstances ; mais le sort de l'accusé ne peut jamais être douteux, parceque dans l'incertitude s'il est coupable ou non, on doit le présumer innocent. C'est une maxime publiée par tous les jurisconsultes, qu'il vaut mieux absoudre un coupable que de condamner un innocent. Néanmoins, malgré qu'il ne soit pas évident que l'accusé est l'auteur du délit qu'on lui impute, il peut se présenter contre lui des soupçons si violens qu'en même temps qu'on craint de le condamner, on craint aussi de l'absoudre. Si l'on était nécessairement obligé d'opter entre l'absolution et la condamnation, il vaudrait mieux sans contredit, selon la maxime, l'absoudre quoique coupable, que de risquer de punir l'innocence en le condamnant ; mais les juges ne sont pas toujours dans cette alternative gênante. Quoiqu'ils n'apperçoivent pas dans l'accusé un homme atteint et convaincu, ils peuvent néanmoins appercevoir en lui une conduite fort déréglée ; il peut être très répréhensible de s'être comporté de telle ou telle manière dans telles ou telles circonstances ; tous les indices réunis peuvent marquer que, s'il n'a point commis le crime, il a du moins marché dans les voies qui y conduisent ; en un mot, mille particularités peuvent concourir à faire voir que si d'un côté il y a de la témérité à le condamner comme s'il était évidemment coupable, il y a aussi du danger d'un autre côté à le renvoyer comme s'il était tout-à-fait innocent : aussi voyons-nous que les cours, au lieu de lui infliger la peine de la loi, le punissent quelquefois d'une autre manière comme *véhémentement soupçonné ;* ou si enfin les soupçons ne sont pas assez violens pour déterminer une peine contre lui, mais qu'il reste des nuages sur sa justification, on ne lui accorde pas une décharge aussi complète qu'à celui qui a été l'innocente victime de l'imposture ou de la calomnie ; on se contente de le mettre hors de cour.

Quelques uns voudraient qu'à l'exemple de ce qui se passait chez les Romains, il n'y eût point de milieu ; en fait d'accusation, entre l'absolution et la condamnation ; mais tout ce qu'on a dit à ce sujet nous paraît peu concluant. Un accusé, sans être parfaitement coupable, peut n'être pas entièrement innocent : aussi sages que l'étaient les Romains, nos magistrats savent tout apprécier : quand le criminel est à découvert, ils le condamnent ; quand son innocence est assurée, ils tâchent d'effacer par leur jugement toutes les impressions qui pourraient lui nuire dans l'estime publique, et de réparer par des dommages-intérêts toutes les brèches faites à sa fortune ; mais si, sans être absolument coupable, son innocence n'est pas pleinement justifiée, ils n'osent l'assimiler à l'homme dont la vertu est intacte ; et leur conduite à cet égard remplit les devoirs de la sagesse et de l'équité. (M. Dareau) *

[[Les principes du droit romain sur cette matière, ont triomphé, dans la nouvelle législation, de la jurisprudence qui autorisait les juges à mettre hors de cour, ou à condamner à des peines quelconques, l'accusé dont la culpabilité ne leur paraissait pas clairement établie. L'art. 424 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, veut que lorsque *l'accusé a été déclaré non convaincu* par le jury, *le président prononce qu'il est acquitté de l'accusation*, et *ordonne qu'il soit sur-le-champ mis en li-*

Digitized by Google

berté. — La même règle est applicable aux tribunaux criminels, qui jugent sans le concours des jurés. C'est ce qui résulte de l'art. 43 du décret impérial du 20 prairial an 13, sur l'administration de la justice dans les ci-devant états de Parme et Plaisance; et de l'art. 154 de celui du 15 messidor suivant, sur l'administration de la justice dans les départemens de Gênes, de Montenotte, des Appenins et de Marengo.

V. l'arrêt de la cour de cassation, du 18 germinal an 10, rapporté sous les mots *hors de cour.*]]

* DROGMAN. On donne ce nom aux interprètes par le moyen desquels les ambassadeurs et les consuls des nations chrétiennes traitent les affaires qui leur sont confiées à la Porte Ottomane et dans les Echelles du Levant.

L'entremise des Drogmans ou interprètes étant absolument nécessaire dans le commerce du Levant, dont le bon succès dépend en partie de leur fidélité et de leur habileté, Louis XIV, pour y pourvoir, donna, au mois de novembre 1669, un arrêt de son conseil en forme de règlement, qui ordonna qu'à l'avenir les Drogmans et interprètes des Echelles du Levant, résidant à Constantinople, Smyrne et autres lieux, ne pourraient s'immiscer dans les fonctions de cet emploi, s'ils n'étaient Français de nation, et nommés par une assemblée de marchands faite en présence des consuls, entre les mains desquels ils seraient tenus de prêter serment, dont il leur serait expédié note dans la chancellerie des Echelles.

Et afin qu'à l'avenir on pût être assuré de la fidélité et bonne conduite de ces interprètes et Drogmans, sa majesté ordonna en outre par le même arrêt, que de trois en trois ans il serait envoyé dans les Echelles de Constantinople et de Smyrne, six jeunes garçons de l'âge de huit à dix ans, qui voudraient y aller volontairement, lesquels seraient remis dans les couvens des pères capucins de ces lieux, pour y être élevés et instruits dans la religion catholique, apostolique et romaine, et dans la connaissance des langues, afin d'en former des Drogmans et des interprètes.

L'ordonnance du 9 décembre 1776, en supprimant tous les chanceliers des Echelles, à l'exception de ceux de Barbarie, a réglé que leurs fonctions seraient à l'avenir exercées par des Drogmans nommés par les consuls, qui seraient tenus d'en répondre, conformément à l'art. 16 du tit. 9 du liv. 1er de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681.

Les émolumens des chancelleries doivent appartenir en totalité aux Drogmans qui font les fonctions de chanceliers, quand ils n'excèdent pas 1,000 l.; et lorsque ces émolumens surpassent cette somme, ils sont obligés d'en partager l'excédant avec les autres Drogmans de l'Echelle. Telles sont les dispositions de l'art. 8 de l'ordonnance citée; l'art. 9 veut que les Drogmans chargés des chancelleries ne puissent sous ce prétexte se dispenser du service ordinaire des Drogmans. *V. Consul de France en pays étranger.* (M. GUYOT.) *

[[DROGUE. Expression qui se prend ici pour distinguer une plante, denrée ou préparation médicinale.

La loi du 21 germinal an 11 contient sur cette matière les dispositions suivantes :

« *Art.* 32. Les pharmaciens ne pourront livrer et débiter des préparations médicinales ou drogues composées quelconques, que d'après la prescription qui en sera faite par des docteurs en médecine ou en chirurgie, ou par des officiers de santé et sur leur signature. Ils ne pourront vendre aucun remède secret. Ils se conformeront, pour les préparations et compositions qu'ils devront exécuter et tenir dans leurs officines, aux formules insérées et décrites dans les dispensaires ou formulaires qui ont été rédigés ou qui le seront dans la suite par les écoles de médecine. Ils ne pourront faire, dans les mêmes lieux ou officines, aucun autre commerce ou débit que celui des Drogues et préparations médicinales.

» 36. Tout débit au poids médicinal, toute distribution de Drogues et préparations médicamenteuses sur des théâtres ou étalages, dans les places publiques, foires et marches, toute annonce et affiche imprimée qui indiquerait des remèdes secrets, sous quelque dénomination qu'ils soient présentés, sont sévèrement prohibés. Les individus qui se rendraient coupables de ce délit, seront poursuivis par mesure de police correctionnelle, et punis conformément à l'art. 83 du Code des délits et des peines.

» 37. Nul ne pourra vendre à l'avenir des plantes ou des parties de plantes médicinales indigènes, fraîches ou sèches, ni exercer la profession d'herboriste, sans avoir subi auparavant, dans une des écoles de pharmacie, ou par-devant un jury de médecine, un examen qui prouve qu'il connaît exactement les plantes médicinales, et sans avoir payé une rétribution qui ne pourra excéder 50 fr. à Paris, et 30 fr. dans les autres départemens, pour les frais de cet examen. Il sera délivré aux herboristes un certificat d'examen par l'école ou le jury par lesquels ils seront examinés; et ce certificat devra être enregistré à la municipalité du lieu où ils s'établiront ».

Les réfractaires à ces dispositions peuvent-ils être excusés par les tribunaux, sous le prétexte de leur bonne foi? — Le sieur Sandeyon est cité au tribunal correctionnel de Lyon, 1°. pour s'être annoncé dans le public comme chirurgien botaniste, quoiqu'il n'ait point de diplôme qui l'autorise à exercer la chirurgie; 2°. pour avoir distribué à prix d'argent une liqueur qu'il qualifie de *liqueur de santé.* — Jugement qui le condamne à 500 fr. d'amende. — Sur l'appel, la cour de justice criminelle du département du Rhône, prenant en considération sa bonne foi, rend, le 6 décembre 1806, un arrêt qui le décharge de l'amende et ne le condamne qu'aux dépens. — Recours en cassation de la part du ministère public; et le 19 février 1807, arrêt, au rapport

Digitized by Google

de M. Vasse, qui, — Vu la disposition des lois du 25 avril 1777, art. 6 et 7; du 19 ventôse an 11, art. 35 et 36; et du 21 germinal même année, art. 33, lesquelles interdisent à toutes personnes non autorisées l'exercice de la médecine, de la chirurgie ou de la pharmacie, sous peine d'une amende pécuniaire envers les hospices; attendu qu'il résultait de l'instruction du procès que Joseph Sandeyon, sans être légalement autorisé, s'annonçait, tant par des imprimés que par un ecriteau sur la porte de son domicile, comme *chirurgien botaniste*, et distribuait à prix d'argent une *liqueur de santé;* attendu que la cour de justice criminelle de Lyon, en libérant, sous des prétextes de bonne foi que la loi n'admet point, Joseph Sandeyon des peines prononcées par la loi contre de pareilles entreprises, a placé son jugement en opposition au vœu du législateur et à la disposition des art. 35 et 36 de la loi du 19 ventose an 11, casse et annulle.... » *V. Apothicaire, Arsenic, Chirurgien* et *Droguiste.*]]

[[DROGUISTE. C'est celui qui fait profession de vendre des drogues.

La loi du 21 germinal an 11 porte, art. 33, que « les épiciers et Droguistes ne pourront *vendre* aucune composition ou préparation pharmaceutique, sous peine de 500 fr. d'amende ».

La peine prononcée par cette loi, est-elle encourue par le seul fait de l'exposition en vente, sans preuve qu'il y ait eu vente effective?

La cour de justice criminelle du département du Tarn avait jugé que non en faveur du sieur Sicard, marchand épicier à Alby; mais sur le recours en cassation du ministère public, arrêt du 14 nivose an 13, au rapport de M. Cassaigne, qui, « vu que la prohibition faite par cet article aux épiciers et Droguistes, de vendre aucune composition ou préparation pharmaceutique, sous peine de 500 fr. d'amende, renferme essentiellement celle de les tenir exposées en vente dans leurs boutiques, puisqu'autrement la porte serait ouverte à la fraude, le vœu de la loi ne serait pas rempli et sa disposition serait éludée; — Et attendu que dans le fait l'arrêt attaqué constate qu'il résulte du procès-verbal du commissaire de police et de l'aveu même du sieur Sicard, qu'il a été trouvé dans la boutique de ce dernier, marchand épicier, des drogues d'une composition ou préparation pharmaceutique; d'où il suit que le fait constituant une véritable exposition en vente d'objets prohibés, l'arrêt n'a pu y méconnaître une contravention à l'article cité, sans se mettre en opposition avec ce même article; — La cour casse et annulle..... » — *V. Drogue.*]]

* DROIT. Ce terme se prend ici pour un assemblage de lois écrites ou non écrites; et, dans cette acception, on fait plusieurs divisions du Droit, selon les différens objets auxquels il s'applique. Nous allons indiquer successivement l'objet de chaque division.

Droit divin. Ce sont les lois et les préceptes que Dieu a révélés aux hommes, et qui se trouvent renfermés dans l'Ecriture sainte; tels sont les préceptes contenus dans le Décalogne.

Le Droit divin est opposé au Droit humain qui est l'ouvrage des hommes: il diffère aussi du Droit canonique, en ce que celui-ci renferme avec les lois divines, les lois ecclesiastiques, qui sont aussi l'ouvrage des hommes, et qui peuvent être changées comme les lois civiles.

Droit positif. C'est celui qui est fondé sur une loi émanée de la volonté du législateur. Il diffère du Droit naturel en ce qu'il peut être changé par l'autorité qui l'a établi, et que le Droit naturel est invariable.

Droit des gens. C'est une jurisprudence que la raison naturelle a établie sur certaines matières entre tous les hommes, et qui est observée chez les différens peuples.

On distinguait chez les Romains deux sortes de Droits des gens: l'un primitif, appelé *primarium,* et l'autre appelé *secundarium.*

Le Droit des gens appelé *primitif,* est proprement celui que la raison naturelle a suggéré aux hommes; comme le respect et la soumission que les enfans doivent à leurs pères et à leurs mères; l'attachement que les citoyens ont pour leur patrie; la bonne foi qui doit présider aux conventions, et plusieurs autres choses de ce genre.

Le Droit des gens appelé *secondaire* ou *secundarium,* consiste en certains usages qui se sont établis entre les hommes par succession de temps, à mesure qu'on en a senti la nécessité.

Le Droit primitif des gens est aussi ancien que les hommes, et il est par essence aussi invariable que le Droit naturel: les devoirs des enfans envers leurs pères et leurs mères, l'attachement des citoyens pour leur patrie, la bonne foi dans les conventions, n'ont jamais dû souffrir aucun changement; et ces devoirs, s'ils n'ont pas été toujours remplis, ont toujours dû l'être.

Quant au Droit des gens appelé *secondaire,* il s'est formé, comme on l'a déjà dit, par succession de temps. Ainsi, les devoirs réciproques des citoyens ont commencé lorsque les hommes ont bâti des villes pour vivre en société: les devoirs des sujets envers l'état ont commencé lorsque les hommes de chaque pays qui ne composaient entr'eux qu'une même famille soumise au seul gouvernement paternel, ont établi au-dessus d'eux une puissance publique qu'ils ont déférée à l'un ou à plusieurs d'entr'eux.

L'ambition, l'intérêt et les autres sujets de discorde entre les puissances voisines, ont donné lieu aux guerres et aux servitudes personnelles: telles sont les sources funestes d'une partie de ce second Droit des gens.

Les différentes nations, quoique la plupart divisées d'intérêt, sont convenues entre elles tacitement d'observer, tant en paix qu'en guerre, certaines règles de bienséance, d'humanité et de justice, comme de ne point attenter à la personne des ambassadeurs ou autres personnes envoyées pour faire des propositions de paix ou de trêve;

Digitized by Google

de ne point empoisonner les fontaines; de respecter les temples; d'épargner les femmes, les vieillards et les enfans : ces usages et plusieurs autres semblables, qui, par succession de temps, ont acquis force de loi, ont formé ce qu'on appelle le *Droit des gens* ou le *Droit commun* aux divers peuples.

Les nations policées ont cependant plus ou moins de Droits communs avec certains peuples qu'avec d'autres, selon que ces peuples sont eux-mêmes plus ou moins civilisés, et qu'ils connaissent les lois de l'humanité, de la justice et de l'honneur.

Le Droit des gens est naturellement fondé, comme le remarque l'illustre auteur de l'*Esprit des Lois*, sur ce principe, que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la guerre le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts.

Droit public. C'est celui qui est établi pour l'utilité commune des peuples considérés comme corps politique, à la différence du *Droit privé*, qui est pour l'utilité de chaque personne considérée en particulier, et indépendamment des autres hommes.

Le Droit public est général ou particulier : le Droit public général est celui qui règle les fondemens de la société civile commune à plusieurs états, et les intérêts que ces états ont les uns avec les autres.

Le Droit public particulier est celui qui règle les fondemens de chaque état.

L'objet du Droit public particulier est en général d'établir et de maintenir la police nécessaire au bon ordre et à la tranquillité de l'état, et de procurer ce qui est le plus avantageux à tous les membres de l'état, considérés collectivement et séparément.

Ainsi, c'est à lui à régler tout ce qui concerne la religion, à prévenir les troubles que peuvent causer les diverses opinions, à faire respecter les lieux saints, observer les fêtes et les autres règles de la discipline relative à la religion; à conserver, dans les cérémonies pieuses, l'ordre et la décence convenables; à empêcher les abus qui peuvent se commettre à l'occasion des pratiques les plus saintes, et qu'il ne se forme point de nouveaux établissemens, en matière de religion, sans qu'ils soient approuvés de ceux qui ont le pouvoir de le faire.

On doit aussi comprendre sous ce même point de vue ce qui concerne le clergé en général, les différens corps et les particuliers dont il est composé, tout ce qui a quelque rapport à la religion et à la piété, comme les universités, les collèges et les académies pour l'instruction de la jeunesse, les hôpitaux, etc.

Le Droit public envisage pareillement tout ce qui a rapport aux mœurs, comme le luxe, l'intempérance, les jeux défendus, la décence des spectacles, la débauche, la fréquentation des mauvais lieux, l'astrologie judiciaire, les imposteurs connus sous les noms de devins, sorciers, magiciens, et ceux qui ont la faiblesse de se laisser abuser par eux.

Comme le Droit public pourvoit aux biens de l'ame, c'est-à-dire à ce qui touche la religion et les mœurs, il pourvoit aussi aux biens du corps : de là les lois qui ont pour objet la santé, c'est-à-dire de conserver ou rétablir la salubrité de l'air, la pureté de l'eau, la bonne qualité des alimens, le choix des remèdes, la capacité des médecins et des chirurgiens, les précautions qu'on doit prendre contre les maladies contagieuses.

C'est aussi une suite du même objet de pourvoir à ce qui concerne les vivres, comme le pain, le vin, la viande et les autres alimens, tant par rapport à la culture, pour ceux qui en demandent, que pour les garde, transport, vente et préparation qu'on en peut faire, même pour ce qui sert à la nourriture des animaux servant à la culture de la terre ou aux voitures.

Il pourvoit encore à ce que les bâtimens soient construits d'une manière solide, et qu'on ne fasse rien de contraire à la décoration des villes; que les rues et voies publiques soient rendues sûres et commodes, et ne soient point embarrassées : cela a produit une foule de réglemens particuliers, dont l'objet est de prévenir divers accidens qui pourraient arriver par l'imprudence des ouvriers ou de ceux qui conduisent des chevaux ou voitures, etc.

Un des plus grands objets du Droit public de chaque état, c'est l'administration de la justice en général; mais tout ce qui y a rapport n'appartient pas également au Droit public : il faut, à cet égard, distinguer la forme et le fond, les matières civiles et les matières criminelles.

La forme de l'administration de la justice est du Droit public en matière civile aussi bien qu'en matière criminelle : c'est pourquoi les particuliers n'y peuvent déroger [[que dans les cas où la loi elle-même leur en laisse la faculté.]]

Mais la disposition des lois au fond, pour ce qui touche les particuliers en matière civile, est du Droit privé : ainsi les particuliers peuvent y déroger par des conventions, à moins qu'il n'y ait quelque loi contraire, auquel cas cette loi fait partie du Droit public.

Pour ce qui est de la punition des crimes et des délits, elle est entièrement du ressort du Droit public. *V. Action publique*, *Crime* et *Délit*.

On conçoit, par ce qui vient d'être dit, que ce qui touche les fonctions des officiers de judicature et autres officiers publics est pareillement une matière de Droit public.

Le Droit public de chaque état a encore pour objet tout ce qui dépend du gouvernement des finances, comme l'assiette et la levée des impositions, la proportion qui doit être gardée dans la répartition, les abus qui peuvent se glisser dans ces opérations ou dans le recouvrement.

Enfin ce même Droit embrasse tout ce qui a rapport à l'utilité commune, comme la navigation, le commerce, les colonies, les manufactures, les sciences, les arts et métiers, les ouvriers de toute espèce, la puissance des maîtres sur leurs serviteurs et domestiques, la soumission que ceux-ci

Digitized by Google

doivent à leurs maîtres, et tout ce qui intéresse la tranquillité publique, comme les règlemens faits pour le soulagement des pauvres, pour obliger les mendians valides de travailler, et renfermer les vagabonds et gens sans aveu.

Droit commun. C'est celui qui sert à plusieurs nations, ou à une nation entière, ou du moins à toute une province, à la différence du Droit particulier, dont l'usage est moins étendu. Par exemple, c'est une règle du Droit commun des nations policées de ne point attenter à la personne d'un ambassadeur. La loi que tout un état, que toute une province observe sur quelque objet, fait partie du Droit commun de cet état, de cette province.

Droit romain, se prend dans un sens étendu, pour toutes les lois civiles et criminelles faites pour le peuple romain; on entend aussi quelquefois sous cette dénomination, le Droit canonique romain, mais ordinairement le terme de Droit romain signifie simplement les dernières lois qui furent en vigueur chez les Romains, et qui ont encore aujourd'hui une autorité plus ou moins étendue chez la plupart des nations de l'Europe.

Il suit de ce qu'on vient de dire, qu'il faut distinguer l'ancien Droit romain de celui qui forme le dernier état, à cause des changemens qu'il a soufferts dans ses progrès. *V. Code, Digeste, Institutes* et *Novelle*.

Droit civil se dit aussi du Droit particulier de chaque peuple, à la différence du Droit naturel et du Droit des gens qui sont communs à toutes les nations.

Droit civil se dit encore des lois qui concernent les matières civiles seulement, à la différence du *Droit criminel* qui comprend les lois relatives aux matières criminelles.

Droit écrit. On appelle ainsi les lois qui originairement ont été écrites, à la différence des coutumes qui ne l'étaient pas.

En France, le Droit romain est souvent appelé Droit écrit, parceque dans l'origine c'était la seule loi écrite qu'il y eût dans le royaume. Et l'on appelle *pays de Droit écrit*, les provinces où le Droit romain est observé comme loi. — [[Il ne l'est plus depuis la publication du Code Napoléon. *V. Autorités.*]]

Droit coutumier. C'est celui qui consiste dans l'observation des coutumes qu'on a rédigées d'après certains usages suivis par les peuples, et dont l'ancienneté leur avait acquis force de lois.

Le Droit coutumier du royaume est composé d'environ trois cents coutumes différentes, tant générales que locales, dont la plupart n'ont été rédigées par écrit que vers le quinzième siècle.

Le Droit coutumier traite des différentes matières dont il est aussi question dans le Droit romain, telles que les successions, les testamens, etc. Mais il y a des objets qui sont propres au droit coutumier, tels que la communauté, les propres, le douaire, etc.

[[Toutes les dispositions des coutumes qui ont pour objet des matières dont s'est occupé le Code Napoléon, sont abrogées. *V. Autorités* et *Coutumes.*]]

Droit français. Ce sont les lois, les coutumes et les usages qu'on observe en France. — L'abbé Fleury divise le Droit français en Droit ancien et en Droit nouveau. Il appelle droit ancien celui qui a été en usage jusqu'au dixième siècle; et Droit nouveau, tout ce qui a été suivi sous les rois de la troisième race. *V. Code.* — [[Mais aujourd'hui, nous entendons par *Droit ancien*, les lois antérieures au 17 juin 1789; et par *Droit nouveau*, celui qui est établi par le Code Napoléon, par le Code de Procédure civile, par le Code de Commerce, etc. Quant aux lois qui nous ont régis dans l'intervalle de l'un à l'autre, nous l'appelons *Droit intermédiaire.*]]

Droit maritime. Ce sont les lois, règles et usages que l'on suit pour la navigation, le commerce et la guerre par mer.

Louis XIV rendit, sur cette matière, une ordonnance générale au mois d'août 1681, laquelle fut enregistrée au parlement de Paris le 8 janvier suivant. Elle est distribuée en cinq livres, dont le premier composé de quatorze titres, traite des officiers de l'amirauté et de leur juridiction; le second, composé de dix titres, traite des gens et des bâtimens de mer; le troisième, composé de douze titres, traite des contrats maritimes; le quatrième, composé de dix titres, traite de la police des ports, côtes, rades et rivages de la mer; et le cinquième, composé de huit titres, traite de la pêche qui se fait en mer.

Le 15 avril 1689, le même prince rendit encore une autre ordonnance générale relative aux armées navales; et ces deux ordonnances ont été suivies de plusieurs autres et de différens règlemens donnés, tant par Louis XV que par Louis XVI.

[[L'ordonnance de 1681 est encore observée dans presque toutes ses dispositions, hors celles qui ont pour objet l'ordre des juridictions, lequel est entièrement changé.

Celles qui concernent le commerce maritime, sont conservées, avec quelques modifications, par le liv. 2 du Code de Commerce.

A l'égard des autres ordonnances et règlemens, il y a été fait, par les lois nouvelles, un grand nombre de dérogations et d'additions.]]

Droit étroit. On désigne, par cette expression, *la lettre de la loi*, prise dans sa plus grande rigueur: ainsi, quand on dit qu'*une chose est de Droit étroit*, cela signifie qu'elle doit être jugée selon [[le sens littéral de la loi; et que la disposition de la loi doit être sévèrement restreinte à l'objet et au cas sur lesquels elle porte.]]

Les Romains avaient des *contrats de bonne foi* et des *contrats de Droit étroit*. — Ils avaient aussi des *actions de bonne foi*, des *actions arbitraires*, et des *actions de Droit étroit*. Les premières étaient celles qui dérivaient des contrats où la clause de bonne foi était apposée ou suppléée: le juge devait les interpréter équitablement; les secondes dépendaient de l'arbitrage du juge; et dans les troisièmes, le juge devait se régler pré-

Digitized by Google

cisément sur la demande et l'adjuger en entier, ou en débouter le demandeur. — En France, tous les contrats et les actions sont réputés de bonne foi; il y a cependant, des cas que l'on peut regarder comme de Droit étroit; telles sont les lois pénales qui ne peuvent s'étendre d'une chose à l'autre. (M. Guyot.) *

* DROIT. C'est la faculté que quelqu'un a de faire quelque chose, de jouir de quelque chose qui lui appartient, en vertu de quelque titre.

Dans ce sens, on appelle *Droit personnel*, celui qui est attaché à la personne, comme la liberté, les Droits de cité, etc.; — *Droit réel*, celui qui est attaché à un fonds, comme une rente foncière, un Droit de champart, une servitude, etc.; — *Droit mobilier*, celui qui ne consiste qu'en quelque chose de mobilier, comme le recouvrement d'une somme de deniers à une fois payer; — *Droit immobilier*, celui qui est réputé immeuble par une fiction de la loi; — *Droit exorbitant*, celui qui est contraire au Droit commun; — *Droit acquis*, celui qui est déjà acquis à quelqu'un avant le fait ou acte qu'on lui oppose, pour l'empêcher de jouir de ce Droit; et c'est dans ce sens qu'on dit qu'un Droit une fois acquis à quelqu'un, ne peut lui être enlevé sans son concours, et que le fait d'un tiers ne peut lui nuire; — *Droits abusifs*, ceux qui ont quelque chose de contraire à la raison, à l'équité et à la bienséance: tels furent autrefois les Droits absurdes en vertu desquels certains seigneurs prétendaient coucher avec les femmes de leurs vassaux, la première nuit de leurs nôces.

On dit *Droits*, *noms*, *raisons et actions*, pour désigner tous les droits et prétentions qu'une personne peut avoir, à quelque titre que ce soit, sur la chose dont il s'agit. (M. Guyot.) *

[[DROITS CIVILS, DROITS POLITIQUES. Il y a entre ces deux espèces de Droits, une différence essentielle.

Les Droits politiques, que l'on appelle encore *Droits de cité*, sont, en France, ceux que les lois constitutionnelles attachent à la qualité de *citoyen*. Ils consistent dans la faculté de voter et d'être élu dans les assemblées de canton, ainsi que dans les collèges électoraux, et dans l'habileté à être nommé aux fonctions publiques.

Les Droits civils sont ceux qui dérivent des lois communes à tous les Français, citoyens ou non. *Tout Français* (porte l'art. 8 du Code Napoléon) *jouira des droits civils.*

Ainsi, quoique nul ne puisse jouir en France des Droits politiques, s'il n'y jouit en même temps des Droits civils, on peut cependant y jouir des Droits civils, sans y jouir en même temps des Droits politiques; et c'est ce que fait entendre très clairement l'art. 7 du Code cité: *L'exercice des Droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle.*

Les Droits civils étant attachés à la qualité de Français, il est clair qu'on les acquiert et qu'on les perd par les mêmes moyens que l'on acquiert et que l'on perd cette qualité. *V. Absent, Français* et *Mort civile.*

Il n'est pourtant pas d'une nécessité absolue d'être Français, pour jouir en France des Droits civils.

1°. Suivant l'art. 11 du Code Napoléon, « l'étranger jouit en France de mêmes Droits civils que ceux qui sont accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient ». *V.* le plaidoyer du 22 février 1806, rapporté au mot *étranger*, §. 2.

2°. L'art. 13 du même Code porte « que l'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les Droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. *V. Domicile*, §. 12.

A l'égard des Droits politiques, comme ils sont inséparables de la qualité de *citoyen*, on les acquiert avec cette qualité, et on les perd avec elle. *V.* la constitution de 22 frimaire an 8, art. 2, 5, 4 et 5.]]

* DROIT DE CENTIÈME DENIER. Droit domanial dû à chaque mutation de propriété ou d'usufruit d'immeubles, de rentes foncières et de tout autre réel et immobilier, à l'exception, néanmoins, des successions directes et des donations faites en ligne directe par contrat de mariage, en faveur des enfans qui se marient.

Ce Droit, qui est le salaire de l'insinuation des actes translatifs de propriété, a été établi par l'édit du mois de décembre 1703, qu'on appelle communément l'édit des insinuations laïques. Un des principaux objets du législateur a été de faire de la formalité de l'insinuation, un moyen suffisant pour procurer une connaissance exacte des mutations qui doivent produire des droits seigneuriaux, afin que le roi et les seigneurs ne puissent être privés de leurs Droits, comme ils l'avaient été précédemment par le soins que prenaient les nouveaux possesseurs de cacher leurs acquisitions. C'est ce qui résulte de l'art. 24, lequel a ordonné, en conséquence, que les *contrats de vente, échange, décrets et autres titres translatifs de propriété de biens immeubles*, seraient insinués et enregistrés au greffe des insinuations des bailliages ou autres sièges royaux dans le ressort desquels les biens seraient situés, pour lequel enregistrement il serait payé aux greffiers le centième denier du prix de ces biens ou de l'estimation qui en serait faite, si le prix n'en était pas exprimé (M. Guyot.) *

[[Ce Droit est aujourd'hui remplacé par celui d'enregistrement. *V. Enregistrement.*]]

*DROIT D'OFFRIR. C'est un Droit en vertu duquel des créanciers postérieurs sont autorisés à offrir à des créanciers antérieurs le paiement de ce qui leur est dû, afin d'être subrogés par ce moyen à leurs hypothèques.

Ce Droit, particulièrement connu dans les provinces du Droit écrit, dérive de la loi 11, D. *qui potiores in pignoribus;* des lois 5 et 6, D. *de distractione pignorum;* des lois 15 et 8, C. *qui potio-*

Digitized by Google

res in pignoribus; de la loi 4, C. *de his qui in prior. cred. loc. succedunt;* et de la loi 12, D. *de pignoribus.* Ce Droit est tel que le créancier à qui l'on offre, ne peut point refuser.

Bretonnier, en parlant du Droit dont il s'agit, dans ses *Questions alphabétiques*, a donné à entendre que la disposition des lois que nous venons de citer, quoique très sage, n'était pas suivie au parlement de Paris; mais l'auteur du *Traité de la vente des immeubles par décret*, observe avec foudement qu'il serait fort douteux qu'on refusât, soit dans le ressort du parlement de Paris, soit dans les pays coutumiers, le Droit d'offrir que des créanciers postérieurs demanderaient avant l'adjudication, parceque, dit-il, ce serait leur ôter un moyen legitime de se procurer leur paiement, soit en demandant, après le remboursement, que le bien leur fût adjugé pour la prisee, soit en s'accommodant avec le débiteur. Anssi n'avons-nous trouvé aucun des praticiens du parlement de Paris, que nous avons consultés sur cet article, qui ait doute que la chose ne fût très recevable, et qui ait pu nous citer un exemple où elle eût été refusée.

[[L'exercice de ce Droit est incompatible avec celui que l'art. 1236 du Code Napoléon donne à tout créancier à qui l'on offre le paiement de sa créance, moyeunant subrogation, de le refuser. Le Droit d'offrir est donc aboli dans toute la France. *V. Subrogation.*]]

La jurisprndence du parlement de Bordeaux est que les créanciers qui n'ont pas été utilement colloqués, sont en Droit d'offrir a l'adjudicataire, lequel est obligé ou d'abandonner les biens décrétés, ou de payer à ces creanciers les sommes qui leur sont dues. Mais cela n'a lieu que lorsque l'adjudicataire est lui-même créancier, et non lorsqu'il est étranger. *V.* les *Maximes journalières du parlement de Bordeaux*, article *Décret*, maxime 7; et *Lapeyrère*, lettre H, n°. 89.

Au parlement de Toulouse, le Droit d'offrir est admis même après l'adjudication. Vedel, dans ses observations sur Catellau, dit que le créancier adjudicataire est tenu de se désister du fonds sujet à l'hypothèque, en recevant tout ce qui peut lui être dû; mais il ajoute que cela n'a lieu qne qnaud le second creancier ne peut avoir de recours sur d'autres biens du débiteur: il cite à ce sujet un arrêt du 19 août 1720.

[[Cette extension du Droit d'offrir n'a jamais en lieu dans le ressort du parlement de Paris; et elle est aujourd'hui abrogée dans tonte la France.]]

Il a été introduit par l'art. 9 de l'edit du mois de juin 1771, concernant les hypothèques, un autre Droit d'offrir qui peut être assimilé à celui dont nous venons de parler. Suivant cet édit, porté pour l'abrogation des décrets volontaires, il est ordonné, pour suppléer à ces décrets, que celui qui voudra purger les hypothèques imprimees sur les fonds dont il se sera rendu acquéreur, mettra pendant deux mois son contrat d'acquisition au greffe, afin que les creanciers, pendant ce temps-là, puissent se déclarer avant qu'il soit obteuu des lettres de ratification; mais, afin qu'il ne se pratique point de collusion entre le veudeur et l'acquéreur, il est dit, par l'art. 9 dont nous venons de parler, que, pendant ces deux mois, «tout créancier légitime du vendeur pourra se présenter au greffe, pour y faire recevoir une sonmission d'augmenter le prix de la vente, au moins d'un dixième du prix principal; et dans le cas de snrenchère, par un autre créaucier du vendeur, d'un vingtième en sus dudit prix, par chaque snrenchérisseur; ensemble de restituer à l'acquéreur les frais et loyaux coûts, et du tout donner bonne et suffisante caution, qui sera reçue par-devant le lieutenant général ou autre officier du siège, suivant l'ordre du tableau, en la manière accoutumée; et sera loisible à l'acquéreur de conserver l'objet vendu en parfournissaut le plus haut prix auquel il aura été porté». *V. Lettres de ratification* (M. Dareau.)*

[[Il y a quelque chose de semblable dans la loi du 11 brumaire an 7, art. 31; et dans le Code Napoleon, art. 2185. *V. Surenchère.*]]

[[DROITS DE GREFFE. La loi du 21 ventose an 7, «considérant qu'il est juste de faire tourner au profit du trésor public la perception des Droits de greffe des tribunaux civils et de commerce», ordonne ce qui suit:

« *Art.* 1. Il est établi des Droits de greffe au profit de la république, dans tous les tribunaux civils et de commerce. — Ils seront perçus, à compter du jour de la publication de la présente, pour le compte du trésor public, par les receveurs de la regie de l'enregistrement, de la manière ci-après déterminée.

« 2. Ces Droits consistent, — 1°. dans celui qui sera perçu lors de la mise au rôle de chaque cause, ainsi qu'il est établi par l'art. 3 ci-après; — 2°. Dans celui établi pour la rédaction et transcription des actes énoncés en l'art. 5; — 3°. Dans le Droit d'expédition des jugemens et actes énoncés dans les art. 7, 8 et 9.

» 3. Le Droit perçu lors de la mise au rôle, est la rétribution due pour la formation et tenue des rôles, l'inscription de chaque cause sur le rôle auquel elle appartient. — Ce Droit sera, dans les tribunaux civils, de cinq francs, sur appel des tribunaux civils et de commerce; — de trois francs, pour les causes de première instance, ou sur appel des jnges de paix; — et de un franc cinquante centimes, pour les causes sommaires et provisoires. — Dans les tribunaux de commerce, il sera pareillement de un franc cinquante centimes: — le tout sans préjudice du Droit de vingt-cinq centimes qui est accordé aux huissiers audienciers pour chaque placement de cause. — Le Droit de mise au rôle ne pourra être exigé qu'une seule fois; en cas de radiation, il sera remplacé gratuitement à la fin du rôle, et il y sera fait mention du premier placement. — L'usage des placets, ponr appeler les causes, est interdit; elles ne pourront l'être que sur les rôles et dans l'ordre du placement.

» 4. Le Droit de mise au rôle sera perçu par le

Digitized by Google

greffier, en y inscrivant la cause; et le 1er de chaque mois, il en versera le montant à la caisse du receveur de l'enregistrement, sur la représentation des rôles cotés et paraphés par le président, par lesquels les causes seront appelées, à compter du jour de la publication de la présente.

» 5. Les actes assujettis sur la minute au Droit de rédaction et transcription, sont les actes de voyage, de renonciation à une communauté de biens ou à une succession, d'acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, de réception et soumission de caution, de reprise d'instance, de déclaration affirmative, de dépôt de bilan et pièces, d'enregistrement de société, les interrogatoires sur faits et articles, et les enquêtes. — Il sera payé pour chacun de ces actes, un franc vingt centimes. — Les enquêtes seront en outre assujetties à un Droit de cinquante centimes pour chaque déposition de témoins.

» 6. Les expéditions contiendront vingt lignes à la page, et huit à dix syllabes à la ligne, compensation faite des unes avec les autres.

» 7. Les expéditions des jugemens définitifs sur appel des tribunaux civils et de commerce, soit contradictoires, soit par défaut, seront payées deux francs le rôle.

» 8. Les expeditions des jugemens définitifs, rendus par les tribunaux civils, soit par défaut, soit contradictoires, en dernier ressort, ou sujets à l'appel, celles des décisions arbitrales, celles des jugemens rendus sur appel des juges de paix, celles des ventes et baux judiciaires, seront payées un franc vingt-cinq centimes le rôle.

» 9. Les expéditions des jugemens interlocutoires, préparatoires et d'instruction, des enquêtes, interrogatoires, rapports d'experts, délibérations, avis de parens, dépôts de bilan, pièces et registres..., déclaration, affirmation, renonciation à communauté ou à succession, et généralement de tous actes faits ou déposés au greffe, non spécifiés aux art. 7 et 8, ensemble tous les jugemens des tribunaux de commerce, seront payés un franc le rôle.

» 10. La perception de ce Droit sera faite par le receveur de l'enregistrement sur les minutes des actes assujettis au Droit de rédaction et transcription, sur les expéditions et sur les rôles de placement des causes, qui lui seront présentés par le greffier, qui y mettra son reçu; et il tiendra de ces recettes un registre particulier.

» 11. Le greffier ne pourra délivrer aucune expédition que les Droits n'aient été acquittés, sous peine de restitution du Droit, et de cent francs d'amende, sauf, en cas de fraude et de malversation évidente, à être poursuivi devant les tribunaux, conformément aux lois.

» 12. Ne sont pas compris dans les Droits ci-dessus fixés, le papier timbré et l'enregistrement, qui continueront d'être perçus, conformément aux lois existantes.

» 13. Les greffiers des tribunaux civils et de commerce tiendront un registre coté et paraphé par le président, sur lequel ils inscriront jour par jour les actes sujets au Droit de greffe, les expéditions qu'ils délivreront, la nature de chaque expédition, le nombre des rôles, le nom des parties, avec mention de celle à laquelle l'expédition sera délivrée. — Ils seront tenus de communiquer ce registre aux préposés de l'enregistrement, toutes les fois qu'ils en seront requis.

» 14. Les greffiers ne pourront exiger aucun Droit de recherche des actes et jugemens faits ou rendus dans l'année, ni de ceux dont ils feront les expéditions; mais lorsqu'il n'y aura pas d'expédition, il leur est attribué un Droit de recherche, qui demeure fixé à cinquante centimes, pour l'année qui leur sera indiquée; et dans le cas où il leur serait indiqué plusieurs années, et qu'ils seraient obligés d'en faire la recherche, ils ne percevront que cinquante centimes pour la première, et vingt-cinq centimes pour chacune des autres. — Il leur est en outre attribué vingt-cinq centimes pour chaque légalisation d'acte des officiers publics.

» 16. Au moyen du traitement et de la remise ci-après accordés aux greffiers, ils demeureront chargés du traitement des commis assermentés, commis expéditionnaires, et de tous employés du greffe, quelles que soient leurs fonctions, ainsi que les frais de bureau, papier libre, rôles, registres, encre, plumes, lumière, chauffage des commis, et généralement de toutes les dépenses du greffe.

« 19. Il est accordé aux greffiers une remise de trente centimes par chaque rôle d'expédition, et un décime par franc, sur le produit du Droit de mise au rôle et de celui établi pour la rédaction et transcription des actes énoncés en l'art. 5.

» 20. La remise de trente centimes accordée par l'art. précédent, ne sera que de deux décimes sur toutes les expéditions que les agens de la république demanderaient en son nom et pour soutenir ses droits; ils ne seront tenus, à cet égard, à aucune avance: en conséquence, ces expéditions seront portées pour mémoire sur le registre du receveur de l'enregistrement, et il en sera fait un compte particulier.

» 21. Le premier de chaque mois, le receveur de l'enregistrement comptera, avec le greffier, du produit des remises à lui accordées par l'art. 19; et il lui en paiera le montant, sur le mandat qui sera délivré au bas du compte par le président du tribunal.

» 22. Le traitement fixé du greffier sera également payé mois par mois, par le receveur de l'enregistrement, sur le produit du Droit de greffe, d'après les mandats aussi délivrés, mois par mois, par le président du tribunal.

» 23. Il est défendu aux greffiers et à leurs commis d'exiger ni de recevoir d'autres Droits de greffe, ni aucun Droit de prompte expédition, à peine de cent francs d'amende et de restitution.

» 24. Les Droits établis par la présente, seront alloués aux parties dans la taxe des dépens sur les quittances des receveurs de l'enregistrement mises

Digitized by Google

an has des expéditions, et sur celles données par les greffiers de l'acquit du Droit de mise au rôle et de rédaction, lesquelles ne seront assujetties à d'autres Droits qu'à ceux du timbre ».

A cette loi en a succédé une autre du 22 prairial an 7, qui y a fait les additions suivantes :

« *Art.* 1. Sont assujettis, sur la minute, au Droit de rédaction et transcription établi par l'art. 2 de la loi du 21 ventose dernier, ainsi qu'il est ci-après déterminé : — 1°. L'acte de dépôt de l'exemplaire d'affiches, en exécution de l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7. (*V. Expropriation forcée* et *Saisie immobilière*); — 2°. Les adjudications, soit volontaires, soit sur licitation, soit sur expropriation forcée; — 3°. L'acte de dépôt de l'état, certifié par le conservateur des hypothèques, de toutes les inscriptions existantes, ledit acte contenant réquisition d'ouvrir le procès-verbal d'ordre, en exécution de l'art. 31 de la loi du 11 brumaire; — 4°. Les actes de dépôt de titres de créance faits en exécution de l'art. 32; — 5°. Les procès-verbaux d'ordre, lors de la délivrance de chaque bordereau de collocation, conformément à l'art. 35 de la même loi.

» 2. Il sera payé trois francs pour le dépôt de l'exemplaire d'apposition d'affiches, et pour celui de l'état des inscriptions existantes. — Un franc 50 centimes, pour celui des titres de créances; — Pour la rédaction des adjudications, un demi pour cent sur les cinq premiers mille francs; — Et 25 centimes par cent francs sur ce qui excédera 5,000 francs; — Pour celle du procès-verbal d'ordre, sur chaque bordereau délivré, 25 centimes par 100 fr. du montant de la créance colloquée.

» 3. La perception de ces Droits sera faite par le receveur de l'enregistrement, de la manière et dans les formes prescrites par la loi du 21 ventose; la remise des greffiers sur le produit de ces Droits sera d'un décime par franc, telle qu'elle est fixée par l'art. 19 de ladite loi; et ils en seront payés de la manière prescrite par l'art. 21.

» 4. Il est attribué aux greffiers, pour la communication à chaque créancier du procès-verbal d'ouverture d'ordre, de l'extrait des inscriptions et des titres et pièces qui auront été produits, un Droit fixe de 75 centimes.

» 5. Il est défendu aux greffiers, sous les peines portées par la loi du 21 ventose, d'exiger ni recevoir d'autres et plus forts Droits que ceux établis par la présente; et ils se conformeront aux dispositions prescrites par l'art. 13, pour assurer la perception des Droits ci-dessus établis.

» 6. Toutes dispositions de loi contraires à la présente, sont abrogées ». — *V. Interruption de poursuites.*]]

* DROITS FACULTATIFS. On appelle ainsi des Droits dont il est libre au propriétaire d'user ou de ne pas user.

En général, un Droit de pure faculté est imprescriptible [[*Code Napoléon, art.* 2232]]; et un tel Droit est attaché à la chose ou à la personne.

Lorsqu'il est attaché à la chose, il a son origine dans la nature ou dans la destination de la chose même. — Ainsi, quand il s'agit d'une chose que la nature a donnée à tous les hommes pour rester commune entre eux, personne ne peut en acquérir la propriété. Tels sont, par exemple, les élemens. Il faut en dire autant des chemins, des rues et des fontaines publiques, qui sont destinés à l'usage des habitans d'un état, d'une ville, etc. On ne perd pas la liberté de se servir de ces sortes de choses, quoiqu'on n'en use pas; et l'on n'acquiert pas le Droit d'en user à l'exclusion des autres, quoiqu'on en use seul.

Le Droit de pure faculté attaché à la personne des particuliers, consiste dans une liberté purement naturelle de disposer de ses biens et de ses actions suivant les lois auxquelles on est soumis, et de faire ou de ne pas faire certaines choses. Cette liberté est imprescriptible, tant qu'elle n'est pas contredite et qu'on n'y a pas renoncé expressément ou tacitement.

C'est pourquoi l'usage que j'ai fait du four de mon voisin depuis un temps immémorial, n'empêche pas que je ne me serve du four d'une autre personne, ni que j'en construise un chez moi. La raison en est que je suis censé ne m'être servi du four de mon voisin, qu'en vertu de la liberté que j'avais d'y aller comme ailleurs. Le premier acte a été libre, et tous les autres doivent être reptés de la même espèce quand il ne paraît pas de changement dans la cause.

Pareillement, quand il n'y aurait jamais eu de bâtiment sur mon héritage, mes voisins ne pourraient pas m'empêcher d'y en construire, ni, à plus forte raison, de retablir les anciens, quoiqu'ils fussent ruinés depuis un temps immémorial.

C'est en vertu de la même liberté que j'ai pu faire un puits dans ma maison, quoique, par ce moyen, j'aie rendu inutile celui de mon voisin, attendu qu'il n'était entretenu que par la veine d'eau que j'ai fixée dans le mien.

Pareillement encore, je peux retenir l'eau de la source que j'ai dans mon héritage, ou la conduire ailleurs pour mon utilité, quoiqu'elle ait coulé depuis un temps immémorial dans l'héritage de mon voisin et qu'il s'en soit servi, pourvu, toutefois, que l'usage qu'il en a fait, n'ait pas été à titre de servitude. — Jean Vuillemin d'Arçon avait, depuis un temps immémorial, détourne dans son verger une eau qui coulait le long de la voie publique. Le nommé Donrier, qui avait un héritage supérieur, y fit couler la même eau. En conséquence, Vuillemin se pourvut sur le fondement de sa possession; mais, par arrêt du 5 avril 1710, que rapporte Dunod, il fut débouté. Le motif de l'arrêt fut que tout habitant avait, comme lui, le Droit d'user de l'eau dont il s'agissait. *V. Cours d'eau.*

Les auteurs indiquent différens moyens pour connaître si un fait dérive d'un Droit de pure faculté ou de quelque obligation. Il est censé dériver d'un Droit de pure faculté, lorsqu'il n'a pour cause que l'utilité ou la volonté de la personne qui agit : mais, lorsque une autre personne tire toute l'utilité du fait, comme quand un seigneur reçoit annuelle-

Digitized by Google

ment de son vassal une certaine quantité de poules, on présume qu'il y a une obligation; et, dans ce cas, il y a lieu à la prescription de trente ans.

Pareillement, si une personne n'a fait que de se conserver ce qui lui était acquis naturellement et indépendamment de toute convention, comme la liberté d'aller à la fontaine publique, de moudre à un moulin plutôt qu'à un autre, c'est un Droit de pure faculté dont l'exercice ne produit point de possession propre, et n'est, par conséquent, pas sujet à la prescription.

Mais, s'il s'agit d'un Droit nouveau qui dérive d'une cause extérieure et qui forme une action ou exception, comme quand il est question de se rendre héritier, quoiqu'il soit d'abord libre de le faire ou de ne pas le faire, on en perd le Droit par la prescription.

La pure faculté consiste en fait, parcequ'elle ne suppose pas un Droit ni une action propre et particulière qui préexistent: c'est pourquoi les auteurs disent qu'elle est de fait et non de Droit, et qu'elle dépend uniquement de la volonté de celui à qui elle appartient. Ainsi, un chanoine qui n'opte pas une prebende quand il le peut, ne perd pas le Droit d'en opter une autre dans la suite.

Enfin, la faculté étant une liberté commune à tous les hommes, ou à plusieurs membres d'une société, d'agir ou de ne pas agir selon qu'ils le jugent à propos, et que les lois le leur permettent, elle fait abstraction de tout Droit formé et de toute action. Si un particulier en use, ce n'est pas comme particulier et comme en ayant acquis le Droit pour lui seul, c'est comme membre de la société à laquelle cette faculté appartient.

Il faut conclure de ce qu'on vient de dire, que la faculté qui est imprescriptible tandis qu'elle conserve sa nature, devient prescriptible quand on l'assujettit à une convention, parceque alors elle est dénaturée et changée en un Droit formé et particulier qui produit des actions et des exceptions sujettes à la prescription.

On doit donc distinguer entre la faculté qui a son fondement dans la nature, dans le Droit public commun à plusieurs membres d'une société, et dans la liberté de faire ou de ne pas faire certaines choses, sans aucune préexistence ni mélange de titre, de convention ou d'action; et la faculté qui dérive d'un titre, qui est propre au possesseur du titre, qui résulte d'un Droit formé, et qui produit une action. La première de ces facultés n'est pas sujette à la prescription, tant qu'elle n'est pas intervertie; mais la seconde peut se prescrire, parcequ'elle dérive d'une convention et d'une action qui sont prescriptibles dans le commerce ordinaire, à moins qu'elles ne tombent sur des choses de nature à ne pouvoir être prescrites.

V. d'Argentree, sur la coutume de Bretagne; Coquille, sur celle de Nivernais; Legrand, sur celle de Troyes; Dunod, *Traité des prescriptions;* Argou, dans ses *Institutions au Droit français;* Dumoulin, sur la coutume de Paris; les œuvres de Henrys; les arrêts de Maynard et ceux de Catellan; etc. *V.* aussi *Prescription, Rente constituée*, etc. (M. Gevot)*.

* DROITS LITIGIEUX. Ce sont ceux qu'on ne peut exercer sans essuyer un procès.

I. Ces sortes de Droits peuvent se céder comme d'autres, pourvu que cela se fasse sans fraude; sans quoi les malheureux à qui l'on fait essuyer des contestations seraient à plaindre, s'ils n'avaient pas la faculté de céder leurs prétentions à des gens plus en état qu'eux de les faire valoir. Mais, comme il n'est que trop ordinaire de voir qu'on n'achète souvent des procès que pour se donner le plaisir de vexer ceux avec qui l'on doit contester, les lois *per diversas* et *ab Anastasio*, C. *mandati*, permettent aux débiteurs des Droits qu'on leur demande, de se rédimer de toute contestation, en remboursant à ces acheteurs le montant de la cession qu'on leur a faite; et les dispositions de ces lois sont suivies dans notre jurisprudence.

[] Elles ne l'étaient pas, avant la publication du Code Napoléon, dans le Luxembourg; mais elles l'étaient dans la plupart des autres provinces belgiques, notamment dans le Brabant. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 4, page 84.

Les lois qui, depuis la révolution, ont aboli en France toute espèce de retrait, n'y ont pas abrogé ces dispositions. *V. ibid.*, page 95.

Ces dispositions sont d'ailleurs remises en vigueur par l'art. 1699 du Code Napoléon: « Celui (porte-t-il) contre lequel on a cédé un Droit litigieux, peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession, avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts, à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ».]]

Mais faites attention qu'il ne faut pas confondre un Droit clair et certain avec un Droit vraiment litigieux. On ne doit regarder comme litigieux que celui sur lequel il y a une contestation formée: une simple demande non suivie de contestation, ne suffit pas toujours pour caractériser le litige; cependant, quoiqu'il n'y ait ni demande ni contestation formée, s'il paraît que les objets de la cession ne sont ni clairs ni liquides, et que ces objets portent plutôt sur des qualités et des prétentions non avérées que sur des titres incontestables, on ne peut douter que ces Droits étant incertains, n'aient été achetés comme Droits litigieux: cela peut se reconnaître encore plus particulièrement aux termes de la cession et au prix qu'on y a mis, comme si elle a été faite sans garantie et pour une somme vile ou très médiocre; il est évident qu'en pareil cas, il y a autant de raison pour faire admettre le remboursement du cessionnaire, que si la cession n'avait eu lieu qu'après une contestation formée, parceque, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de se rédimer d'un procès commencé ou à commencer. Mais, lorsqu'il s'agit d'un Droit clair et liquide, fondé sur une qualité avérée ou sur un acte inatta-

Digitized by Google

quable, il est certain que le cessionnaire doit profiter de tout le bénéfice de la cession.

[[Et vainement le demandeur en subrogation prétendrait-il que le Droit est devenu litigieux par la résistance à l'exécution du transport : il ne pourrait pas empêcher par-là que l'acte de transport ne fût exécuté.

Jean Melquin et Françoise Melquin, sa sœur, avaient acquis en 1771, un petit jardin sur lequel ils avaient fait bâtir une maison dont ils avaient joui en commun jusqu'à la mort de l'un et de l'autre. — Le 1er nivose an 8, les héritiers de Françoise Melquin vendent au sieur Jarnan leur moitié indivise de cette maison. — Le sieur Jarnan provoque le partage. — Le sieur Abran, mari d'Anne Melquin, héritière de Jean Melquin, s'y refuse d'abord sous différens prétextes, et demande ensuite à être subrogé au sieur Jarnan dans la part indivise qu'il a achetée des héritiers de Françoise Melquin. Pour justifier cette demande, il soutient que les Droits acquis par le sieur Jarnan, sont à la fois successifs et litigieux; qu'ils sont successifs, puisqu'ils proviennent de la succession de Françoise Melquin; et qu'ils sont litigieux, puisqu'il y a opposition formée à leur exercice. — Par jugement en dernier ressort du 12 fructidor an 12, le tribunal civil de l'arrondissement de Barbésieux décide qu'en effet ces Droits sont successifs et litigieux; et en conséquence, adoptant l'offre faite par le sieur Abran de rembourser au sieur Jarnan le prix de son acquisition, il le renvoie de l'action en partage formée par celui-ci. — Mais sur le recours en cassation du sieur Jarnan, arrêt du 19 août 1806, au rapport de M. Brillat-Savarin, qui « vu les lois relatives aux acquéreurs des Droits successifs et litigieux; — attendu que Jarnan ne pouvait pas être regardé comme acquéreur de Droits successifs, mais seulement d'une portion d'immeuble indivis entre deux familles qui ne succédaient pas à une hoirie commune; — Attendu que les Droits acquis par Jarnan, ne pouvaient pas être regardés comme litigieux : car la simple résistance d'un copropriétaire au partage qui lui est demandé, ne suffit pas pour constituer un acquéreur de Droits litigieux : il faut que le litige ait précédé l'acquisition, ou que le Droit acquis soit litigieux de sa nature par les circonstances de la cause et par les questions qu'elle présente; ce qui n'existe pas dans l'hypothèse, où il ne s'agit que d'un partage que rien ne doit empêcher; — qu'ainsi il y a eu fausse application des lois *per diversas* et *ab Anastasio*; — Casse et annulle... »

L'art. 1700 du Code Napoléon est encore plus sévère que ne l'est cet arrêt dans ses motifs, lesquels, comme on vient de le voir, se réfèrent à une cession antérieure à ce Code : il n'admet la subrogation que dans le cas où il y avait *procès et contestation sur le fond du Droit*, au moment où la cession a été faite.]]

II. Observez que la disposition des lois *per diversas et ab Anastasio* ne doit pas s'appliquer à ceux qui ont un intérêt particulier à se rendre cessionnaires de ces Droits, soit parcequ'ils ont des hypothèques sur les fonds qui répondent de ces mêmes Droits, ou parcequ'ils en sont copropriétaires. On ne peut pas dire en ce cas que ce soit dans un esprit de vexation qu'on s'en est rendu acquéreur : souvent on est obligé de le faire pour ménager ses propres intérêts et pour empêcher qu'ils ne soient absorbés par des frais de procédure. Ainsi, quoique je sois homme de loi, si vous avez des Droits qui portent hypothèque sur des héritages où j'ai aussi des prétentions, je puis, dans la crainte que vos poursuites ne me deviennent onéreuses, me rendre acquéreur de ces Droits; je le puis aussi si, déjà propriétaire d'une partie des fonds dont il s'agit, il ne tient, pour avoir le tout et pour éviter des discussions, que d'acquérir votre portion. Les lois dont nous avons parlé, sont pour obvier à la vexation et nullement pour empêcher qu'on ne s'arrange conformément aux règles du Droit et de l'équité. C'est ce qu'on appelle acheter une chose nécessaire, *rem necessariam emere*. Dans ce cas, non seulement il est permis de se rendre cessionnaire sans examiner si l'objet de la cession est litigieux ou non, mais encore on est dispensé de se prêter à une demande en subrogation. C'est sur ce fondement qu'il fut jugé par un arrêt du 23 mars 1623, rapporté par Brodeau sur Loucl, lettre C, §. 15, qu'un héritier avait pu céder à la veuve commune sa portion afférente dans une communauté, sans que la subrogation pût être demandée par les cohéritiers de ce cédant, attendu que la veuve avait acquis cette portion comme une chose nécessaire, et que d'ailleurs elle n'était point étrangère aux objets de la communauté dont il s'agissait.

[[Cette doctrine est justifiée par les lois *per diversas* et *ab Anastasio* elles-mêmes. Ces lois exceptent de leur disposition, 1°. les cessions qui sont faites à titre gratuit; 2°. celle que fait un débiteur à son créancier en paiement de ce qu'il lui doit; 3°. celle qui est faite à un cohéritier par ses cohéritiers, d'un Droit litigieux qui était commun entre eux.

La deuxième de ces exceptions a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 23 germinal an 9. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 4, page 84.

Voici du reste ce que contient là-dessus l'art. 1701 du Code Napoléon : — « La disposition portée en l'art. 1699 cesse, 1°. dans le cas où la cession a été faite à un héritier ou copropriétaire du Droit cédé; 2°. lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû; 3°. lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au Droit litigieux ».]]

III. Quoiqu'une cession de Droits litigieux ne renferme rien en elle-même de contraire au bien public, quand elle est faite et acceptée sans mauvaise intention, sauf au prétendu débiteur à se faire subroger aux Droits du cessionnaire, s'il croit avoir plus d'avantage à prendre ce parti qu'à contester; il y a néanmoins des personnes que leur état pourrait mettre souvent dans le cas de se rendre cessionnaires de ces sortes de Droits, au préjudice même de

Digitized by Google

ceux à qui ils appartiennent; et par cette raison, les lois ont interdit aux juges, aux avocats et aux procureurs de prendre cession, soit en leur nom, soit par des personnes interposées, de procès et de Droits litigieux dans les cours, sièges et ressorts où ils exercent leur ministère. Il y aurait même punition exemplaire pour les avocats, les procureurs et les solliciteurs qui contreviendraient à cette défense, au sujet des causes ou des procès dont ils seraient charges.

Ces lois sont : — Une ordonnance de Charles V, de l'an 1356, qui défend ces sortes de cessions, à peine, contre le cédant, de la perte de ses Droits, et contre le cessionnaire, d'amende, de frais et de dépens; — Une autre ordonnance de François Ier, de 1535, suivant laquelle ceux qui font ces sortes de cessions et ceux qui les acceptent, doivent être privés de *leurs biens et actions*; — L'ordonnance d'Orléans de 1650, dont l'art. 54 renferme les mêmes dispositions; — Enfin, l'ordonnance de Louis XIII, de janvier 1629, dont l'art. 94 renouvelle les peines portées par les précédentes.

Boucher d'Argis, dans ses remarques sur les *Questions de Droit* de Bretonnier, article *Droits litigieux*, insinue que la prohibition faite aux juges, avocats et procureurs d'accepter des transports, ne regarde que les affaires dont ils ont été chargés comme juges, avocats ou procureurs; *car du reste*, ajoute-t-il, *ils ne sont pas incapables d'acquérir par transport*. — Mais cet avis est contraire à ce qui s'observe dans l'usage : il est vrai que, lorsque les juges, avocats ou procureurs se rendent cessionnaires d'affaires soumises à leur ministère, ils sont bien plus répréhensibles que lorsqu'ils le deviennent d'autres affaires qui ne sont point en leur pouvoir; il y a de plus, en pareil cas, un abus de ministère; et c'est aussi à ce sujet que l'art. 54 de l'ordonnance de 1560 prononce contre eux, outre les autres peines de Droit, une punition exemplaire. Au surplus, ce qui établit que les juges, les avocats ni les procureurs ne peuvent point se rendre cessionnaires de Droits litigieux autres que ceux mêmes qui donnent matière aux contestations dont ils sont charges, c'est l'espèce d'un arrêt du 13 juin 1761, cite dans la collection de jurisprudence. La voici :

Un avocat de Laval s'était rendu cessionnaire d'une creance dont le recouvrement paraissait douteux, quoique la dette fût certaine et liquide. On prétendit contre lui qu'il s'était rendu cessionnaire d'un Droit litigieux, parceque les biens du debiteur étaient saisis réellement; et l'on concluait de là à la nullité de la cession, qui cependant n'avait aucun trait à des affaires dont il fût chargé pour autrui en sa qualité d'avocat. M. de Saint-Fargeau, portant la parole pour les gens du roi, fit voir que les avocats n'étaient pas incapables d'acquérir des Droits certains et fondés sur des titres inattaquables; que *la prohibition n'avait lieu que pour ceux qui souffraient contradiction*; et que celui dont l'avocat de Laval s'était charge étant clair et liquide, il n'y avait aucune incapacité à lui opposer. D'où l'on peut conclure que, lorsque les Droits sont par eux-mêmes litigieux, et qu'ils *souffrent contradiction*, un avocat ne peut point s'en rendre cessionnaire, quand même il ne serait point chargé de la contestation à laquelle ils donnent lieu.

[[Ce que l'on vient de dire, est confirmé, étendu et en même temps modifié par l'art. 1597 du Code Napoléon. « Les juges (y est-il dit), leurs suppléans, les procureurs généraux et impériaux, leurs substituts, les greffiers, *huissiers*, avonés, défenseurs officieux et *notaires*, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, Droits et actions litigieux *qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions*, à peine de nullité, et de-pens, dommages et intérêts ».

Au surplus, la disposition de l'art. 54 de l'ordonnance d'Orléans a conservé toute son autorité jusqu'à la publication du Code Napoléon : témoin l'arrêt de la cour de cassation du 14 nivose an 5, qui a confirmé un jugement par lequel il avait été décidé qu'un fondé de pouvoir *ad lites* n'avait pas pu, pendant que son client plaidait pour se faire reconnaître héritier, acquérir de lui un immeuble dépendant de la succession en litige. *V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 4, page 92.]]

IV. Par la même raison, les personnes puissantes ne peuvent pas se rendre cessionnaires de Droits litigieux, de crainte que leur autorité ne leur rende la vexation plus facile. L'art. 22 d'une ordonnance du mois de mars 1536 veut que le cédant perde son action, et qu'il soit, ainsi que le cessionnaire, puni d'amende arbitraire.

[[Cette disposition, tombée depuis long-temps en désuétude, serait au besoin abrogee par l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12.]]

V. Les tuteurs sont au nombre des personnes prohibées à l'egard de leurs mineurs. Un tuteur, fût-il même un ascendant, ne peut devenir le cessionnaire d'une creance due par son pupille; quand il le devient, que la creance soit litigieuse ou non, il est obligé de se contenter de la somme qu'il a déboursée. C'est une jurisprudence attestée par Louet et Brodeau, lettre T, §. 14. La novelle 72, chap. 2, le prive même du Droit de repeter la somme qu'il a déboursee, afin de le détourner d'accepter de pareilles cessions, de crainte que ce ne soit une occasion pour lui de soustraire des papiers du mineur, ceux qui peuvent servir à prouver le paiement de la créance; mais la novelle n'est point suivie en France sur ce point.

[[Si l'on s'en tenait à l'art. 1596 du Code Napoléon, qui ne défend aux tuteurs que de *se rendre adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle*, on devrait dire qu'il ne renouvelle pas et que par consequent il abroge la disposition des lois romaines qui leur défend d'acquerir des creances sur eux. Mais l'art. 450 va plus loin : il porte que le tuteur *ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille*.]]

Digitized by Google

VI. Lorsqu'un héritier se rend cessionnaire des Droits qu'avait un étranger sur la succession, est-il obligé de communiquer à ses cohéritiers le profit de cette cession?

La question est sans difficulté pour l'affirmative, lorsque les Droits cédés sont des Droits litigieux; mais, lorsqu'ils sont certains et liquides, on pense différemment. Il n'y a pas plus, dit-on, d'inconvénient qu'un cohéritier profite du bon marché d'une créance certaine, qu'il n'y en aurait qu'un étranger en profitât lui-même. Nous croyons cependant que, si ce cohéritier avait eu le maniement de la succession, il serait obligé de se contenter du remboursement de la créance; et que, quand même il n'aurait point eu ce maniement, si la cession était antérieure au partage, il serait obligé d'en communiquer le profit à ses copartageans, parcequ'il ne devait pas, par son fait et par sa précipitation, empêcher que ces derniers ne profitassent d'un avantage qu'ils auraient pu faire tont comme lui, s'il ne les eût pas prévenus. Nous pensons qu'avec cette restriction, on peut concilier quelques autorités qui paraissent se contredire sur la question proposée. — [[*V.* mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 4, page 95.]]

VII. Vous remarquerez que, dans les cas où l'on est recevable à demander la subrogation, ce n'est pas toujours aux prix stipulés par la cession qu'on est obligé de s'en rapporter. Lorsqu'on a lieu de croire qu'il est fraudnleux, on peut établir cette fraude de la même manière qu'on le peut lorsqu'il s'agit d'un retrait lignager.

[[VIII. La demande en subrogation doit-elle être accompagnée de l'offre réelle et à deniers découverts du prix de la cession? J'ai établi la négative dans le *Recueil* et à l'endroit cités; et l'on y trouvera un arrêt de la cour de cassation, du 8 frimaire an 12, qui le juge ainsi.]]

IX. Observez que, quoique le débiteur soit recevable à rembourser, même après que la cause sur la demande du cessionnaire a été contestée, néanmoins si ce cessionnaire, dans le cours de la contestation, avait levé toutes les difficultés qu'il y avait sur la légitimité de la créance, comme les lois n'accordent la subrogation au débiteur que pour empêcher le procès, ce dernier ne serait plus recevable à la demander à la veille du jugement, sur-tout si ce jugement devait être en dernier ressort.

V. les *Questions* de Bretonnier; le *Recueil de Jurisprudence civile*, de Lacombe; *les Loix civiles*, de Domat; le *Traité du contrat de vente*, par Pothier; et *Droits successifs*, *Transport*, etc. (M. Dareau.) *

* DROIT NATUREL. C'est, dans le sens le plus étroit, *la faculté que l'homme a de faire usage à son gré de ses forces et des objets extérieurs, autant que cet usage n'est point contraire à la raison.*

On prend aussi ces mots dans une acception plus étendue, pour *le système* ou *la collection des règles* qui sont imposées aux hommes par leur propre nature, pour les diriger dans leur conduite antécédemment à toute la loi positive ou promulguée parmi les hommes.

Il suit de ces définitions, que le Droit naturel a beaucoup d'analogie avec la morale. Il en diffère néanmoins principalement en ce qu'il n'a guère pour objet que les actions des hommes; tandis que la morale a pour but immédiat la direction du cœur humain et de ses affections. Ces deux sciences diffèrent, ce semble encore, en ce que le Droit naturel ne concerne que les facultés, à l'égard desquelles il nous est permis d'employer la force pour nous en conserver personnellement l'usage, et pour en arrêter l'abus dans les autres, tandis que la morale nous enseigne de plus, des vertus dont la pratique, sans pouvoir être exigée de nous à la rigueur, est néanmoins nécessaire à notre perfection. C'est ainsi que, dans les gouvernemens, on distingue la justice des vertus civiles. L'une consiste simplement dans une exacte observation des lois, et les autres exigent en outre qu'on s'expose volontairement à perdre sa tranquillité, sa fortune et sa vie pour le bien de la patrie, lors même qu'elle n'ordonne point ces sacrifices.

En renvoyant aux différens articles de ce recueil, les règles particulières du Droit naturel sur l'usage de chacune de nos facultés, et les restrictions que les lois civiles y ont apportées, on ne s'occupera ici que des fondemens de ce Droit. Des méditations sur cet objet doivent trouver leur place dans le recueil le plus complet qu'on ait encore offert à la nation sur les lois qui la régissent. Trop souvent forcé d'ailleurs d'employer le temps à commenter des lois absurdes et barbares pour en sanver les contradictions, pour dissiper les ténèbres qui les environnent, et fixer les bornes de leurs vaines subtilités, le jurisconsulte a besoin de venir puiser à la source du Droit universel, les principes de justice que tant de lois bizarres semblent dérober à ses yeux, et de chercher des motifs d'encouragement dans les vues utiles que cette étude lui suggère pour la réformation des lois.

Quoique les rapports qui constituent les devoirs de l'homme, soient de tous les temps, et même de toute éternité, puisqu'ils derivent nécessairement de la seule possibilité de l'existence d'un tel être, ces rapports ont été plus ou moins connus, et plus ou moins généralement pris pour règle dans les différens siècles; l'observation étant un des moyens les plus sûrs de perfectionner notre raison, il ne peut qu'être très utile de connaître les opinions et les erreurs des hommes dans une matière si intéressante. Cette étude nous offre, pour ainsi dire, un cours de jurisprndence expérimentale, qui nous met à portée de mieux apprécier les systèmes modernes sur le Droit naturel, et de découvrir les véritables fondemens de cette science.

On va donc présenter ici, 1°. l'état du Droit naturel dans les différens siècles, et particulièrement chez les anciens peuples; 2°. l'examen critique des principaux systèmes modernes sur les fondemens du Droit naturel; 3°. des recherches sur la nature

Digitized by Google

de l'homme, sur les vrais principes et les sanctions du Droit naturel, avec un essai de conciliation des systèmes précédens.

§. I. *Etat du Droit Naturel dans les différens siècles, et particulièrement chez les anciens peuples.*

L'histoire des sciences doit également indiquer les succès et les erreurs de ceux qui les ont cultivées. Le professeur Hubner, dans le premier volume de son *Essai sur l'histoire du Droit Naturel*, a recueilli un grand nombre de passages des auteurs anciens, pour prouver la notoriété des lois naturelles chez les anciens peuples, comme s'il eût cru que la science dont il donnait l'histoire, avait seulement besoin de titres de noblesse. Ces passages isolés ne peuvent pas même donner une idée précise des opinions de leurs auteurs sur cette science. Il serait facile de faire un pareil recueil des maximes contraires qu'on trouve dans ces mêmes ouvrages ou dans d'autres auteurs. Cette méthode serait peu instructive : ce n'est point sur la réflexion d'un déclamateur, ou sur un vers d'un poète, lors même qu'ils sont le plus vivement admirés, qu'on doit juger la nation et le siècle où ils ont vécu. C'est dans ces mêmes jeux où les Romains accouraient avec transport, pour voir des troupeaux de gladiateurs s'égorger, et des milliers d'esclaves déchirés par des bêtes féroces rassemblées de toutes les parties du monde pour cette atroce récréation, qu'ils applaudissaient avec tant d'enthousiasme à ce vers de Térence : *Homo sum, humani nihil à me alienum puto.*

Les mœurs et les lois des différens peuples sont donc les vrais monumens où l'on doit chercher l'histoire du Droit naturel. En les étudiant sous ce point de vue, on ne parlera des ouvrages et des opinions particulières des philosophes, qu'autant qu'on y pourra trouver des lumières sur cet objet. On ne dira presque rien des peuples sauvages, ni de celles des nations civilisées qu'on ne connaît que très imparfaitement, parcequ'il ne s'agit point de donner ici des conjectures, mais des faits; et que, l'homme étant destiné pour la société, comme on le prouvera dans la suite, l'état social, par ses abus même, donne des instructions beaucoup plus utiles sur le Droit naturel, que ne l'ont cru bien des philosophes.

Il faudrait d'ailleurs transcrire l'ouvrage de Ferguson, qui n'est point susceptible d'analyse, si l'on voulait tracer l'histoire de l'établissement de la société civile; on y verrait par-tout un mélange du bien et du mal que produisent les affections et les passions des hommes.

Enfin, on ne doit pas perdre de vue que ce recueil est plus particulièrement consacré au Droit civil qu'au Droit politique. Ainsi, c'est principalement vers le premier objet qu'on dirigera ses recherches. Peut-être plusieurs d'entre elles appartiennent-elles plus proprement à l'article *Loi*. On a préféré la liaison des choses à l'ordre alphabétique.

Les plus anciennes lois connues sont celles des empires de l'orient, qui paraissent avoir été formées par la conquête sur les débris de plusieurs sociétés particulières, et qui se sont maintenues par la superstition. Dans un climat où la nature est si favorable à la multiplication de l'espèce humaine, les peuplades voisines ont dû y avoir de fréquentes querelles; les peuples chasseurs y ont subjugué les peuples pasteurs et agricoles. Jusqu'aujourd'hui les hommes de ces deux classes et les artisans y ont presque toujours formé des ordres particuliers, plus ou moins soumis aux autres classes, avec lesquelles ils ne peuvent pas même s'allier.

C'est ce qu'on voit sur-tout dans l'Indostan, qui paraît être le pays le plus anciennement police qu'il y ait au monde. La compagnie des Indes orientales d'Angleterre a fait compiler par les Gentoux mêmes, et d'après leurs livres les plus authentiques, les anciennes lois de cette nation, dont elle a fait imprimer la traduction. Si ce code contient des lois qui supposent un peuple déjà anciennement civilisé, il a néanmoins des caractères frappans qui montrent qu'il n'a point été altéré par le mélange des lois des autres peuples. Il suffirait seul pour prouver à ceux qui croient que les lois sont absolument arbitraires, combien la raison est la même dans tous les lieux, quoique le climat en puisse modifier les effets, et que l'intérêt de quelques hommes puissans ou d'absurdes superstitions en fassent dévier la règle.

Les lois sur les propriétés, les contrats et la procédure sont en général très conformes à la raison et à l'équité : le traducteur anglais, M. Halhed, n'a pas craint de les comparer aux règles du Droit romain et de celui de son pays. Mais elles se sont bien écartées de la justice dans ce qui concerne l'état des personnes, parcequ'elles ont pris pour base, à cet égard, les distinctions révoltantes que la superstition a mises entre les différentes castes.

A travers les éloges et les satires qu'on a prodigués aux Chinois, il est assez difficile de connaître le véritable état des lois chez ce peuple, et de le mesurer sur les indications de la nature. Il semble néanmoins résulter du bien et du mal qu'on en dit, une conséquence encourageante pour ceux qui se livrent à l'étude du Droit naturel. Si cette nation célèbre n'a pas mieux su tirer parti des belles institutions que ses législateurs avaient établies, c'est que trop d'admiration pour eux et trop d'attachement à d'anciens usages y ont perpetué les abus et les préjugés que la raison naissante ne pouvait pas prévoir, mais que le commerce des autres peuples et la comparaison des mœurs étrangères, si propres à la perfectionner, auraient détruits sans peine.

On trouve plus de satisfaction à s'arrêter sur ces célèbres Egyptiens, qui, après les peuples de l'Inde, ont le plus contribué par leur exemple et la sagesse de leurs lois, à civiliser le reste de la terre. En lisant ce que Diodore de Sicile et quelques autres auteurs nous en ont conservé, on verra quelle

Digitized by Google

idée sublime ils se formaient des devoirs des hommes les uns envers les autres. Si ces lois manquent quelquefois de proportion entr'elles, c'est qu'il faut beaucoup de réflexion et d'observations, pour distinguer les nuances les plus délicates. — Aucunes n'étaient atroces; et pour l'honneur des lumières naturelles, c'est assez qu'un peuple nouveau ait saisi avec justesse les résultats les plus généraux. Le meurtre volontaire des esclaves même y était puni de mort; et quoique les citoyens y fussent partagés en différentes classes, comme parmi les Indiens, sans qu'il fût permis à personne de sortir de sa tribu ou de se marier dans une autre, il n'y en avait aucune qui ne fût honorée.

L'usage de juger les défunts avant de leur accorder la sépulture, étendait l'empire des lois au-delà des bornes qui semblaient leur être prescrites. Les rois, dont les occupations, la nourriture et les plaisirs étaient sagement réglés, étaient sujets à la même épreuve. C'était dans le même but qu'on avait institué les honneurs rendus à la mémoire des grands hommes, le culte des animaux les plus utiles, et ces mystères fameux, qui avaient pour objet de frapper vivement les sens du spectacle des plaisirs et des peines que la justice par excellence devait distribuer dans une autre vie.

Après les Egyptiens, les Grecs qui ont reçu d'eux bien des leçons utiles, sont ceux dont nous connaissons le mieux les mœurs et les lois. Ce peuple dont le nom seul rappelle des idées si douces aux poëtes, aux orateurs, aux artistes et sur-tout à ceux qui chérissent les Droits des hommes, nous servira à jamais de modèle par la sagesse de ses lois. Il paraît avoir connu le premier ces rapports de toutes les nations, indépendans de la diversité des gouvernemens, qui constituent le Droit des gens. Plusieurs villes y donnèrent l'exemple de la liberté sans anarchie, et du courage le plus intrépide sans avoir la folle ambition des conquêtes.

Si la farouche Lacédémone, en bornant mal-à-propos les devoirs de l'homme à l'amour de la patrie, sut faire des citoyens et non des hommes; si l'on ne peut contempler sans frémir le spectacle d'une république, qui, non contente de ne cultiver ni l'agriculture ni les arts, tuait les Ilotes qui la nourrissaient lorsqu'ils devenaient trop nombreux; Crète, dont Lycurgue outra les institutions; Lesbos, dont Pittacus fut le législateur; Rhodes, Samos, Locres, Athènes et plusieurs autres villes ont eu des lois appropriées à la grandeur et à la faiblesse de la nature humaine.

On peut voir dans Samuel Petit, le recueil de celles d'Athènes, où les Romains prirent leurs meilleures lois; il est difficile peut-être d'imaginer un code plus généralement juste, plus propre à rendre un peuple heureux et sage. Tout cela est renfermé dans une douzaine de feuillets, qui contiennent, outre un exposé clair des Droits des particuliers, les lois d'administration publique et la police de la religion. Elles perdraient trop à être extraites ici. Il est facile de consulter les sources.

On a raison de condamner dans les anciens peuples, cet esclavage si révoltant aux yeux de la raison. Mais si l'on réfléchit aux fureurs des guerres de quelques nations barbares, on n'y trouvera que des représailles peut-être excusables alors. Dans une grande partie de la Grèce, les esclaves étaient traités avec douceur. Suivant les lois d'Athènes, par exemple, ils pouvaient racheter leur liberté; et lorsque leur maître les traitait trop durement, le forcer à les vendre à un autre. On n'y connaissait point l'esclavage pour dettes purement civiles, ou la contrainte par corps.

Ces peuples savaient employer les récompenses aussi utilement que les peines. Le motif de l'intérêt ne leur paraissait étranger ni à la législation ni à la morale. C'était l'origine des apologues sous le voile desquels on a donné tant de leçons utiles; il se trouve rappelé sans cesse dans Hésiode, dans Théognis et dans tous les anciens poëtes. Par-tout il servait d'aiguillon aux vertus civiles.

Les avantages résultans des bonnes lois, ne parurent pas néanmoins suffisans à la plupart des législateurs. Les plus anciens d'entr'eux, tels qu'Amasis et Mnésès chez les Egyptiens, Zoroastre chez les Perses, Zamolxis chez les Gètes, Rhadamante et Minos en Crète, Lycaon en Arcadie, Triptolème à Athènes, Pythagore à Crotone et Numa chez les Romains, crurent devoir recourir au prétexte d'inspiration pour rendre les lois plus vénérables et plus saintes chez des peuples encore à demi sauvages.

Si quelques autres législateurs ne suivirent pas cet exemple, qui aurait mal réussi chez des peuples éclairés, ils posèrent tous du moins le fondement de leurs lois sur la religion naturelle; bien éloignés de l'opinion de ceux qui n'y donnent d'autre appui que les conventions des hommes.

C'est ce qu'on peut voir sur-tout dans cette belle préface (1) mise par Zaleucus à la tête des lois des Locriens, que Stobée nous a conservée, et qui semble avoir servi depuis de modèle à Platon et à Cicéron, dans leurs Traités de la République et des Lois.

Voici cette préface; « Tous les habitans de la ville et de la campagne doivent d'abord être fermement persuadés de l'existence des Dieux; et cette croyance leur sera bien facile à adopter, en contemplant les cieux et tout ce vaste univers, en en considérant la disposition, l'ordre et l'harmonie, qui ne peuvent être l'ouvrage ni du hasard aveugle, ni des hommes. Ces Dieux doivent être adorés comme la cause productrice de tous les biens réels dont nous

(1) Je n'ignore pas que des savans ont révoqué en doute l'authenticité de cette préface, et l'existence même du législateur Zaleucus. Mais d'autres savans l'ont défendue avec beaucoup de force; et, comme ils ont pour eux Aristote, Cicéron, Diodore de Sicile, Plutarque, et Polybe qui cite quelques unes des lois de Zaleucus, il faut convenir, du moins, que l'auteur de cette préface, quel qu'il fût, aurait su bien saisir la manière et les opinions des législateurs de l'antiquité, et cela suffit pour l'objet qu'on se propose ici.

Digitized by Google

jouissons. Chacun doit donc veiller avec soin sur lui-même, et preserver son ame de toute impureté, en se persuadant que Dieu n'est point honoré par les méchans; qu'il n'est point agréablement servi, comme de misérables humains, par des cérémonies somptueuses; et qu'on ne gagne point sa bienveillance par de nombreux sacrifices, mais seulement par la vertu et par une disposition constante à faire le bien. — C'est d'après cela que chacun doit faire tous ses efforts pour devenir bon dans ses mœurs et dans ses principes, afin de se rendre cher et agréable à Dieu; qu'il doit plus craindre ce qui mène au deshonneur et à l'ignominie, que la perte de sa fortune; et estimer le plus digne citoyen, celui qui aime mieux renoncer aux biens de ce monde qu'à l'honnêteté et à l'amour de la justice. — Mais que ceux dont les passions furieuses ne cèdent pas à ces considérations, et dont les cœurs ont un penchant secret au mal, soit hommes ou femmes, citoyens ou étrangers, aient sans cesse présens à leur esprit la nature des Dieux et les jugemens redoutables qu'ils ont toujours en réserve contre les méchans. Qu'ils songent à l'heure terrible de la mort, que personne ne peut éviter, et où le souvenir des mauvaises actions pénétrera le coupable de remords, en lui faisant vainement désirer d'avoir soumis toute sa conduite aux règles de la justice. En ne perdant jamais de vue des motifs si puissans, ils obtiendront bientôt ce but. Que si, malgré tant de soins, le mauvais génie les attire avec trop de force vers le mal, qu'ils se réfugient dans les temples, près des autels des Dieux. Qu'ils y implorent leur assistance, sûrs d'y trouver un asile impénétrable à ce tyran le plus cruel de tous, le mal. Que dans la même vue ils aient recours aux hommes les plus recommandables par leurs vertus et leur probité; et que dans leur entretien, ils s'instruisent du bonheur qui suit les gens de bien, et des punitions qui tombent infailliblement sur les méchans».

Diodore de Sicile rapporte une préface assez ressemblante, que Charondas, si célèbre dans l'antiquité par le sacrifice volontaire qu'il fit de sa vie à l'observation de ses propres lois (*V.* Valère-Maxime, liv. 6, chap. 6), mit à la tête de celles qu'il donna à Thurium et à quelques autres villes d'Italie et de Sicile.

Ce dogme d'une providence qui veille sur les actions des hommes, avait été sur-tout adopté par les Pythagoriciens, de l'école desquels sont sortis les plus fameux législateurs. Des philosophes qui respectaient la sensibilité dans tous les animaux, comme les Brachmanes de l'Inde, sans suivre leurs préjugés absurdes sur la distinction des hommes, ne pouvaient manquer de faire des lois pleines de justice et d'humanité. Si la plupart de celles de la Grèce sont dans ce cas, c'est que, dans un temps où la barbarie, dont on sortait à peine, faisait mieux sentir les avantages des lois, on choisissait les plus sages des hommes et ceux dont les mœurs étaient les plus respectables, pour législateurs. Il est facile au peuple de porter un jugement sain là-dessus, lors même qu'il n'est point assez éclairé pour apprécier le mérite des dogmes et des opinions philosophiques.

Il faut convenir néanmoins que les philosophes mêmes n'avaient pas assez creusé les premiers fondemens des devoirs de l'homme; c'est pour cela, sans doute, que plusieurs d'entre eux crurent devoir recourir à de fausses inspirations, et qu'ils mirent tout en œuvre pour assurer à leurs institutions une éternelle durée, comme si les lois établies eussent été le seul frein des hommes. Zaleucus lui-même n'avait, dit-on, permis de proposer des derogations à ses lois que la corde au cou. Dans un temps où l'homme moral conservait encore sa rudesse originelle, et pour ainsi dire toute sa nudité, ces anciens sages découvraient sans peine le but des lois et leur nécessité; mais ils ne voyaient plus qu'à travers des nuages, lorsqu'ils voulaient remonter à l'origine du Droit.

Je ne rappellerai point ici les dogmes inintelligibles des Pythagoriciens sur le nombre et l'harmonie; mais qu'on lise les ouvrages de Platon, celui des philosophes grecs qui a le mieux écrit sur les lois et le gouvernement, on verra combien il y a peu de précision dans les notions qu'il donne du juste et de l'injuste.

Pour en établir la différence, il entre dans les détails des lois d'une république imaginaire; et, après en avoir tracé le plan à sa fantaisie, il dit: Ma république est parfaitement bonne; donc elle a de la prudence, du courage, de la tempérance et de la justice. Il prouve à sa manière que sa république a les trois premières de ces qualités, et il ajoute: Ma république est juste, en ce que chacun y fait ses fonctions, sans entreprendre sur celles d'autrui.

C'est là ce qui la rend principalement bonne. Le grand mal est que l'artisan ou le marchand veut faire la guerre, qu'il n'entend point; que le guerrier veut entrer au conseil, sans en être capable; et qu'un seul vent y faire tout.

Platon applique ensuite ces définitions à chaque homme en particulier, et il dit: Tout ce qui est dans un état se trouve dans un homme, puisque l'état n'est qu'une société d'hommes. L'homme sera juste lorsque chaque partie qui le compose se tiendra dans ses bornes, c'est-à-dire, quand la raison commandera, que le courage aidera, et que la concupiscence obéira. Un tel homme réputera juste et belle l'action qui produit cet état et qui le maintient, et sagesse la science qui préside à ces opérations. Au contraire, il tiendra pour injustes les actions qui détruisent ce bel ordre, et pour insensée l'opinion qui les produit. Donc la justice et la vertu en général sont la santé, la beauté et la force de l'ame, comme l'injustice et le vice en sont la maladie, la laideur et la faiblesse. D'où il suit qu'il vaut mieux être juste, et pratiquer l'honnêteté, soit qu'on ait ou non des témoins, que de faire des injustices, quand même on n'aurait à craindre aucune peine, pas même celle d'être découvert.

Digitized by Google

Afin de mieux établir cette conséquence, Platon, en suivant toujours le même plan de prendre une république pour modèle, pose quatre sortes de mauvais gouvernemens, qui sont la timocratie, où règne l'ambition; l'oligarchie, où le pouvoir suit les richesses; la démocratie, où l'autorité reste entre les mains du peuple; et la tyrannie, où toute la puissance se trouve entre les mains d'un seul.

A ces quatre espèces de gouvernemens que Platon trouve tous défectueux, il compare les quatre principaux vices de l'homme, l'ambition, l'avarice, la volupté et l'injustice; il peint des plus vives couleurs les maux qu'ils produisent, et il en conclut que le meilleur et le plus juste des hommes est aussi le plus heureux; que le plus méchant et le plus injuste est le plus malheureux.

Pour donner enfin une idée de l'empire qu'on doit exercer sur ses passions, afin d'être juste, Platon imagine un monstre composé, qui renferme en soi un homme, un lion et plusieurs animaux sauvages et domestiques, qu'il peut changer et produire de lui-même. Il donne à ce monstre une figure purement humaine. L'homme injuste, dit-il ensuite, nourrit avec soin l'animal composé, et renforce ainsi le lion. Mais il fait mourir de faim l'homme intérieur, et il le rend si faible, que les autres animaux l'entraînent où ils veulent; au lieu de les accorder entr'eux, il les laisse s'entre-battre et se dévorer mutuellement. Dans le juste, au contraire, l'homme intérieur est le maître de tout. Il gouverne la bête à plusieurs têtes; il empêche les animaux sauvages de croître, en nourrissant ceux qui sont domestiques et apprivoisés. Il s'aide du lion, qu'il fait vivre en bonne intelligence avec les autres et avec lui-même. L'intempérance fait croître excessivement la bête à plusieurs têtes. L'insolence et l'indocilité nourrissent ce qui ressemble au lion et au serpent. La flatterie et la bassesse soumettent le courage, pour de vils intérêts au monstre composé, et font un singe d'un lion. Tout ira bien, si tous obéissent à l'homme intérieur.

Il suit de là, continue Platon, que la justice est plus avantageuse que l'injustice; qu'il n'est point utile à l'injuste de se cacher et d'empirer; il vaut beaucoup mieux qu'il soit connu et corrigé, afin que ses passions farouches soient domptées, et sa raison mise en liberté; que son ame guérie de tous maux, reprenne avec la prudence, la justice et la tempérance, sa force et sa beauté primitives. L'homme qui pense sainement, dirigera donc ainsi sa vie. Il négligera la fortune, en se contentant du nécessaire; il ne soignera son corps qu'en le subordonnant à l'ame; et, parmi les sciences, il n'estimera que celles qui peuvent la perfectionner. Il n'acceptera de même des honneurs que ceux qui pourront le rendre meilleur. Content de se gouverner lui-même, il ne songera point à gouverner sa patrie, à moins que, par un bonheur divin, l'administration n'en réunit les avantages que nous venons d'exposer. Il n'y en a point de telle sur la terre. Mais il en existe sans doute l'original dans le ciel, où celui qui voudra y conformer sa vie saura bien le découvrir.

Aristote, qui a donné le premier traité de morale, comme Platon le premier traité des lois, avec beaucoup moins d'éloquence que lui, n'a pas des idées plus fixes. Il paraît bien avoir cru qu'il y avait une différence *essentielle* entre le bien et le mal moral. Mais il s'explique d'une manière très vague là-dessus. Trop porte quelquefois à juger du Droit par le fait, il pensait qu'il y avait des nations et des hommes naturellement nobles ou vils, les uns faits pour commander, et les autres pour être esclaves; c'était là, selon ce philosophe, un des premiers fondemens de la société, qu'il croyait d'ailleurs très conforme à la nature.

D'autres philosophes, parmi lesquels on trouve Archelaüs et Aristippe, l'un maître, l'autre disciple de Socrate, regardaient le juste et l'injuste comme des choses arbitraires. D'autres mesuraient la justice sur l'utilité seule; et ce principe n'aurait rien de dangereux si l'on prenait pour règle l'utilité générale et non l'utilité privée. Epicure parut aller plus loin en ne proposant aux hommes d'autre but que la volupté. Mais ses paradoxes fameux paraissent avoir eu pour objet l'embellissement de la vertu plus que l'abrutissement de l'espèce humaine.

Malgré les éloges sans bornes dont la république romaine a été comblée par tant d'historiens, de docteurs et de philosophes, il s'en faut bien qu'on trouve dans son administration les règles de l'équité naturelle. Si ce qu'on dit des lois de Numa est véritable, les Romains en oublièrent bientôt les principes humains et pacifiques; leur conduite publique et privée se ressent par-tout de la dureté de l'aristocratisme, dont ils ne secouèrent le joug qu'au bout de plusieurs siècles, et dont les patriciens ne savaient faire oublier le poids au peuple, qu'en le portant sur les nations voisines, dans des guerres presque toutes injustes. Le Droit des gens de ce peuple famenx contre les rois qu'il avait vaincus, son peu de bonne-foi dans les traités qu'il faisait, soit avec ses ennemis, soit avec ses alliés, outrageaient perpétuellement les droits des nations.

Les mœurs intérieures des Romains ne paraissent pas avoir été meilleures, ni leur bonheur plus digne d'envie, à en juger par leurs séditions continuelles, par l'affreuse dureté des créanciers envers leurs débiteurs, leurs empoisonnemens, leurs assassinats et leurs fréquens parricides, sans parler de leurs adultères nombreux, qui nous apprennent ce que nous devons croire des cinq siècles qui s'écoulèrent, dit-on, avant qu'il y eût eu un exemple de répudiation (1).

(1) L'an 522 de Rome, c'est-à-dire, long-temps avant que Rome fût corrompue, comme on le dit, par les arts de la Grèce et le luxe de l'Asie, un esclave découvrit l'empoisonnement d'un mari par sa femme; et les recherches qu'on fit à cette occasion firent connaître une foule d'autres femmes qui avaient empoisonné leur mari. Des milliers étaient co-

Digitized by Google

Ou sait que les Romains avaient droit de vie et de mort sur leurs esclaves; qu'ils les tuaient, ou les exposaient dans une île abandonnée du Tibre, quand la vieillesse ou la maladie les mettait hors d'état de servir (1); qu'ils les tenaient enchaînés à la ville, dans des loges, pour leur tenir lieu de portiers; et, à la campagne, dans des espèces de cachots, pour les y faire travailler, et les mieux garder (2). On sait encore qu'ils avaient un droit absolu de vie et de mort sur leurs enfans, qu'ils pouvaient vendre à tout âge, lors même qu'ils étaient mariés, et jusqu'à trois fois; ce qui suppose qu'ils faisaient souvent usage d'un Droit si révoltant. Les créanciers avaient le même empire sur leurs débiteurs. Non seulement ils avaient Droit de les faire travailler pour leur compte, de les mettre en prison, et de les y faire accabler impitoyablement de coups de fouet; mais une loi qu'on n'avait pas craint d'insérer dans les douze tables, en ayant sous les yeux les lois humaines des Athéniens à ce sujet, leur permettait de dépecer le corps de ces débiteurs, et de le partager au sol la livre (3).

C'est que les vertus se tiennent de près, et qu'un peuple ne peut guère être inhumain et féroce, quel que soit d'ailleurs son patriotisme, sans oublier tous ses devoirs dans les diverses relations de la société. Comment les mœurs n'auraient-elles pas été mauvaises, quand il y avait une inégalité prodigieuse dans le rang et dans la fortune des citoyens, dès le commencement de la république, quand l'administration publique était confiée à des patriciens avares et orgueilleux, et à des pontifes imposteurs qui ne laissaient pas même connaître au peuple la partie la plus importante des lois, celle qui règle la forme des procédures et des contrats les plus nécessaires à la société (4).

C'est seulement quand, après avoir étendu leur domination aux extrémités du monde connu, quand les Grecs eurent poli leurs mœurs comme leur langage, que les Romains commencèrent à voir se développer les rapports de l'homme, et connaître les vrais principes du Droit naturel. Alors parurent des jurisconsultes éclairés et sages, qui posèrent la base des lois sur la raison même, comme Cicéron. Les livres des Offices que ce philosophe nous a laissés, ont long-temps passé pour l'ouvrage le meilleur et le plus complet qu'on ait donné sur les devoirs de l'homme; mais ce qui nous reste du traité des lois, et quelques fragmens des livres de la république, nous doivent encore plus faire regretter la perte de la majeure partie de ces ouvrages. Il paraît que ce philosophe avait suivi les opinions des académiciens; mais il y a, dans ce qui nous reste de ses ouvrages, beaucoup moins de confusion et d'obscurité que dans ceux de Platon, avec la même éloquence. A en juger par le fragment de la République, conservé par Lactance, la loi naturelle n'était, suivant Cicéron, que la raison formée à l'image de Dieu, éternelle comme lui, semblable à elle-même dans tous les lieux et dans tous les temps, et dont l'inobservation porte toujours sa peine avec elle.

La secte des stoïciens, l'une des dernières de l'ancienne philosophie, mais qui devint bientôt la plus nombreuse à Rome, et dont les dogmes furent particulièrement adoptés par les jurisconsultes, établit sur le Droit naturel un nouveau système.

Ces philosophes voyaient très bien que le monde formait un tout dont les parties avaient des rapports généraux entr'elles. Ils observaient de même des relations communes entre tout ce qui était animé. Ils consideraient donc le Droit naturel, non pas comme une loi particulière à l'homme, mais comme le résultat des facultés dont la nature avait également accordé l'usage à tous les animaux. Ils le bornaient à la défense de soi-même, à l'union des deux sexes, au soin des enfans, et aux autres effets de l'instinct. Ils comprenaient ensuite sous le nom de *Droit des gens*, tout ce que la raison naturelle et les besoins de la société avaient introduit de particulier chezles hommes. Ils y rapportaient les contrats, le Droit de la guerre, et presque tout ce qui fait l'objet des discussions politiques et civiles parmi les hommes réunis en société (5).

Il ne faut pas croire néanmoins qu'ils tinssent pour arbitraires et purement conventionnels tous les devoirs qu'on comprend ordinairement sous le nom de Droit naturel; mais, regardant l'espèce hu-

---

pables, 170 seulement furent punies du dernier supplice. 150 ans après, il se commit des atrocités semblables, mêlées de mille abominations dans les bacchanales. Sylla fut obligé d'établir dans la suite, quatre commissions criminelles toujours subsistantes (des préteurs), l'une pour l'assassinat, l'autre pour l'empoisonnement, l'autre pour le faux, et la dernière pour le parricide. Tout cela suppose que ces crimes étaient plus fréquens à Rome, qu'ils ne l'ont jamais été sans doute chez aucun peuple de la terre. (*V.* Tite-live, *liv.* 8 et 38; et Plutarque, vie de *Sylla*.

(1) Clodius leur donna la liberté, s'ils en échappaient. Voyez *Suétone*.

Les esclaves excitèrent une quantité de révoltes dangereuses dans les premiers siècles de la république.

(2) Plutarque, *vie des Graeques*; Sénèque, *controversiarum*, lib. 5; Pline, liv. 18, chap. 6; Martial. iv. 3; Lucain, liv. 7; Florus, liv. 3, chap. 19, et liv. 4, chap. 8; Ovide, *Amorum*, lib. 1, éleg. 6; Suétone, *de claris Oratoribus*; Columella, lib. 1, cap. 6 et 8, et lib. 11, cap. 1; Tibulle, lib. 2, éleg. 7; Juvénal, sat. 11.

(3) C'est la vingt-septième loi de la troisième table. Des jurisconsultes humains, d'après l'atrocité de cette loi, lui ont voulu donner une autre interprétation. Ils croyent que, par la division du corps du débiteur, la loi des 12 tables n'entendait parler que de la division du prix pour lequel on l'avait vendu. Mais la loi donne l'alternative de partager son corps, ou de vendre le débiteur au-delà du Tibre. Elle distinguait donc bien ces deux choses.

(4) C'était là un objet si important, que le peuple créa tribun le fils d'un affranchi, pour avoir rendu public le recueil de ces formules qu'il avait dérobé à Appius Claudius, dont il était le secrétaire. Mais les patriciens inventèrent de nouvelles formules. (*L.* 2, *D. de origine juris*)

(5) *Pr. Inst. de jur. nat. gent. et civili.*

Digitized by Google

maine comme une grande famille dont les hommes étaient membres, et qui avaient un droit commun à tout, ils pensaient qu'on pouvait déduire les Droits et les devoirs de l'homme du seul instinct qui se manifeste dans les animaux. N'ayant pas assez réfléchi sur les opérations de l'entendement humain, pour découvrir dans nos sensations l'origine de nos premières notions, ils paraissent avoir admis des idées innées du bien et du mal; et Plutarque, dans ses contredits des philosophes stoïques, leur reproche d'avoir douné pour base à la morale, tantôt la seule volonte de Dieu, tantôt les rapports qui résultent nécessairement de la natnre des choses.

Quoi qu'il en soit, ils définissaient la loi *une recommandation suprême de l'humanité, et une bienveillance mutuelle qui nous porte à nous secourir mutuellement.* S'ils ne purent proscrire l'esclavage des lois romaines, ils protestèrent du moins qu'il était contre la nature.

Ce n'est point ici le lieu d'examiner l'influence que les opinions de ces philosophes ont eue sur la rédaction du corps de Droit civil. Je dirai seulement qu'ils n'en avaient pas banni tous les principes arbitraires, même dans les contrats (1) qui semblent être la partie la plus immédiatement soumise à l'empire de la simple équité; et que les lois romaines se ressentent encore des entraves qu'on avait mises originairement au Droit public et au Droit privé. C'est ainsi que presque toutes les lois modernes de l'Europe ont pour base les institutions gothiques des peuples du Nord, qui fondèrent tant d'états différens sur les ruines de l'empire romain.

Si ces nations eussent été telles que Tacite les a dépeintes dans son bel ouvrage sur les mœurs des Germains, ces mœnrs auraient, à bien des égards, surpassé celles des peuples les mieux policés; mais, à en juger par ce qu'elles furent immédiatement après la conquête, on serait tenté de croire avec quelques philosophes, que l'ouvrage de cet historien, malgré différens traits dont on ne peut raisonnablement contester la ressemblance, était moins un portrait d'après nature, qu'un tableau d'imagination, que la plume de ce grand homme offrait à sa patrie, pour la guerir, autant qu'il était en lui, des vices que le luxe y nourrissait.

Il serait trop long et trop difficile de chercher dans les lois de ces fiers conquérans de l'Europe, leurs notions sur les fondemens du Droit naturel. La plupart n'etaient, pour ainsi dire, que des statuts de police faits pour assurer la paix publique à quelque prix que ce fût. Elles ne contiennent presque point de réglemens civils, mais beaucoup de peines ou d'amendes, et de compositions relatives aux larcins (2) et aux outrages, d'où naissaient presque tous les différends de ce temps-là. On peut prénmer néanmoins que ces peuples reconnaissaient une loi antérieure aux institutions des hommes, d'après la définition du *Droit* qui était dans un exemplaire de la loi salique, trouvé dans l'abbaye de Saint-Maixent (3). Quoique cette definition ne se retrouve pas dans les éditions qu'on a données de la loi salique, elle paraît très conforme aux mœnrs de ces peuples. Presque toutes les langues de l'Europe appellent *Droit* (*rectum*), le système des lois que les anciens appelaient simplement d'un nom qui revient à celui d'*ordonnance* (4).

Du sein de la confusion où le système féodal plongea l'Europe durant plusieurs siècles, de ce melange inoui de souveraineté et de dépendance, de Droits et de prétentions respectives entre les principales maisons des différens états, de la multiplication de ces états même, il resulta de nouvelles relations entre les peuples, qui rendirent les guerres moins cruelles, en établissant un nonveau Droit des gens, et des gouvernemens presqu'entièrement inconnus aux anciens, des monarchies fondées, non pas sur les volontes arbitraires des princes, mais sur les lois qui tendent à assurer à la fois leurs droits et ceux de leurs sujets.

La renaissance des lettres et les accroissemens du commerce ont fait bientôt fructifier ce nouveau germe. Thomas More dans son *Utopie* présenta un système de république, moins séduisant sans doute, mais plus simple et plus praticable que celui de Platon. On y peut sur-tout remarquer ce qu'il a dit sur la proportion des delits et des peines. Bodin, qui avait si bien su lire l'histoire, donna un ouvrage sans ordre et sans liaison, mais plein d'excellentes vues sur les lois, trop peu connu peut-être de ses compatriotes, mais enseigné de son vivant dans les universités d'Angleterre.

Cependant on n'avait pas encore remonté aux fondemens du Droit.

Après avoir long-temps commenté les lois romaines, on osa les juger et les comparer avec celles de la nature; l'illustre Grotius, qui a si bien servi la religion chrétienne, l'histoire, les belles-lettres et la jurisprudence civile dans tant d'ouvrages estimés, a bien mérité de toutes les nations par

(1) Telle est la division des contrats en contrats de bonnefoi et contrats de Droit étroit, et les différences qu'ils avaient mises entre eux à cet égard. V. *Novation*, *section* 1.

(2) Il y a plus de 20 titres dans la loi salique, qui traitent des vols, et il en est à peu près de même de toutes les lois des peuples barbares. Pour réprimer plus efficacement le vol, on en fit dans la suite un cas de moyenne ou de basse justice. M. Linguet n'en a pas moins dit, au liv. 1, chap. 7, de sa théorie des lois civiles, que *chez les peuples grossiers le vol est nécessairement très rare*, et il a beaucoup déclamé à cette occasion contre les nations policées. C'est la seule observation qu'on se permettra sur cet ouvrage, où l'auteur a sans cesse abusé d'un très bel esprit.

(3) Voici cette définition : *Lex est constitutio populi, quam majores natu cum plebibus sanxerunt, statuerunt, judicaverunt vel stabilierunt ad discernendum* Rectum. (*Rat. ad Cons. Pictaviens.* §. 1.)

(4) *Jus à jubendo.*

Digitized by Google

son ouvrage du Droit de la guerre et de la paix, qui malgré les défauts qu'on lui a justement reprochés, sera toujours lu et médité utilement, tant que la justice et la raison naturelle auront des partisans.

D'autres ont depuis applani la route que ce grand homme avait ouverte; et les auteurs modernes ont surpassé les anciens dans la manière dont ils ont approfondi les sources du Droit naturel, comme dans toutes les sciences exactes. Il est facile néanmoins de pressentir que toutes leurs recherches n'ont pas été également heureuses et utiles.

Sans parler des autres causes qui ont pu arrêter en France l'étude du Droit naturel, l'immense variété des lois positives qui subsistent dans cet état, a pendant long-temps occupé presqu'entièrement les jurisconsultes; la première et la seule chaire de professeur de cette science, qui existe dans le royaume, n'a même été fondée au Collége royal que par l'arrêt du conseil du 20 juin 1775. On ne doit donc pas s'étonner si, dans le paragraphe suivant, on parlera beaucoup plus des auteurs étrangers que de ceux de la nation.

Si les recherches où l'on vient d'entrer n'ont pas été inutiles, il en résulte, je crois, que les mêmes principes de justice et de raison sont généralement répandus chez toutes les nations; et que les préjugés dangereux, qui, par différentes causes, se sont trop souvent opposés à la perfection de ces règles de justice, se sont dissipés à mesure que les peuples se sont civilisés et qu'ils ont augmenté leurs lumières. C'est, ce me semble, déjà une excellente preuve que le Droit naturel n'est pas, comme quelques sceptiques ont voulu le persuader, une chose arbitraire, une science fictive et chimérique; et que l'homme est fait pour la société qui en développe les principes.

§. II. *Examen critique des principaux systèmes modernes sur les fondemens du Droit naturel.*

On peut rapporter à quatre systèmes principaux les opinions des auteurs modernes sur les fondemens des lois naturelles. Les uns prétendent que la force et les conventions des hommes sont la seule origine du Droit; ce qui est à peu près exclure toute idée d'une justice naturelle et universelle. Les autres, en convenant de la réalité de ce Droit, lui donnent pour principe exclusif, ou la volonté de Dieu, ou le sens moral, ou les rapports et les différences essentielles des choses.

Il faut discuter séparément ces divers systèmes. On suivra les principaux auteurs de chacun d'entre eux. Il serait trop fatigant et même impossible d'examiner en détail les opinions d'une foule d'écrivains, dont les noms ne sont guère conservés que dans les bibliographies, et qui souvent n'ont fait que se copier les uns les autres.

I. *Système du Droit du plus fort et des conventions humaines.*

Quoique tous les auteurs qui soutiennent que le Droit humain est dans tous ses points une chose purement arbitraire, qui tire son origine des règles établies par le plus fort pour son utilité, ou des conventions faites par plusieurs hommes pour se soustraire aux inconvéniens qui resulteraient de l'exercice continuel de la violence, ne soient pas toujours d'accord entr'eux, leur système se rapporte dans les principaux points à celui de Hobbes.

Dans les orages qui bouleversèrent la constitution de l'Angleterre, ce philosophe crut voir s'écrouler les fondemens du Droit des hommes avec ceux des lois de sa patrie, et voici le système qu'il y substitua (1).—Les hommes n'ont reçu de la nature que des besoins impérieux et des passions sans frein qui les portent à s'occuper exclusivement de leur propre intérêt. Tous étant constitués de la même manière, personne ne peut se satisfaire, et completer son bonheur qu'aux dépens de celui des autres. L'homme est donc naturellement méchant et dans un état de guerre. Chacun est porté, par son propre penchant, ou à se défaire des autres, pour qu'ils ne lui disputent pas les biens dont il a besoin, ou à les asservir, afin qu'ils contribuent à lui procurer ces biens, et à satisfaire ses passions. On peut dire même en quelque sorte, que chacun a en effet le Droit de tendre à un bonheur exclusif aux dépens de celui des autres; et de les tuer sans scrupule, puisqu'autrement il a tout lieu de craindre d'être prevenu par eux. Il suit de là qu'il est permis à tout le monde de faire ce qui lui plaît, qu'aucune action n'est injuste en soi, lors même qu'elle fait du mal à autrui; et que celui à qui le mal est fait, n'a aucune raison de s'en plaindre.

Pour prouver que tel est l'état de nature, Hobbes et ses sectateurs rappellent ce qui se passe dans le monde, les guerres que les nations se font entr'elles, les précautions qu'elles prennent en temps de paix, les querelles si communes entre particuliers, leurs procès, les efforts qu'ils font pour s'élever les uns au-dessus des autres, la nécessité de nos lois civiles pour empêcher de plus grands maux encore, les portes et les serrures dont on se sert pour garder sa personne et ses biens, les précautions qu'on prend pour assurer l'exécution des conventions, et toutes les autres marques de méfiance et de soupçon, qui, disent-ils, ne peuvent avoir d'autre fondement que la certitude de la méchanceté des hommes confirmée par l'aveu de notre conscience et par l'expérience de tous les temps.

Un état si misérable, continue Hobbes, sollicitait perpétuellement les hommes à chercher les

(1) Voyez les Œuvres de Hobbes, recueillies dans plusieurs éditions anglaises ou latines, et particulièrement son Traité *De Cive*, qui a été traduit en français, et son *Leviathan*, *cap.* 13.

Digitized by Google

moyens d'en sortir. Il leur a été facile de reconnaître que la paix leur procurerait un sort plus heureux que cet état de guerre. Pour y parvenir autant qu'il leur serait possible, ils ont fait entr'eux des traités, des ligues, des associations, afin de se soumettre à l'intérêt général l'intérêt privé. Le fondement des lois dans l'état de nature, est donc qu'il faut chercher la paix; et c'est dans les conventions seules qu'on fait pour l'obtenir, que se trouve la première règle du juste et de l'injuste.

Comme on ne peut obtenir cette paix qu'en revêtant quelqu'un de la puissance publique, et en suivant ses ordres avec le dévouement le plus absolu, Hobbes conclut de là que tout ce que le prince ou le magistrat civil commande, dans quelque gouvernement que ce soit, doit passer pour bon, et tout ce qu'il défend être réputé mauvais. Il soutient donc que ce n'est qu'en vertu des lois humaines, que le larcin et l'adultère sont des crimes; que ces commandemens, *honore ton père et ta mère, tu ne tueras point, tu ne porteras point faux témoignage*, n'obligent qu'autant que la puissance civile le juge convenable; que cette même puissance a droit de régler la nature et la forme de notre culte; et qu'enfin les hommes sont positivement obligés de se soumettre en tout à son autorité, même dans les choses qui répugnent à leur conscience, à leur raison, en sorte que c'est à la puissance publique à décider toutes sortes de dogmes et d'opinions en morale, en physique, en mathématiques, et généralement dans toutes les sciences. Hobbes soutient enfin que l'obligation d'aimer Dieu et de lui obéir, n'est qu'une suite de sa puissance sur nous et de notre faiblesse qui nous met dans l'impossibilité de nous y soustraire.

Ce système a excité des réclamations presque universelles. On a reproché des inconséquences à son auteur; on a remarqué, par exemple, qu'après les principes qu'on vient d'exposer, il était néanmoins convenu dans quelques endroits de ses ouvrages (1), qu'indépendamment des lois civiles, il y avait des lois naturelles, qui obligeaient dans le for intérieur; que de ce nombre étaient l'obligation d'aimer Dieu, de l'honorer et de l'adorer, de ne pas tuer son père et sa mère, ni le prince, quand même il l'ordonnerait, et en général, de ne pas lui obéir, quand les ordres qu'il donnerait seraient contraires à l'honnêteté.

Que Hobbes ait fait ces aveux par inconséquence ou bien pour ne pas révolter ses lecteurs, comme on l'a prétendu (avec peu de fondement peut-être, d'après la candeur connue de ce philosophe), qui paraît avoir cherché la vérité de bonne foi); relever ces contradictions, c'est bien combattre son livre, mais non pas détruire son système; et plusieurs auteurs se sont mal à propos attachés à ces petits moyens.

Cumberland, dans ses recherches philosophiques sur les lois naturelles, dont M. Barbeyrac nous a donné une traduction enrichie de ses notes, a attaqué Hobbes plus directement. Il a fait voir que le soin d'avancer autant qu'il est en nous le bien commun de tous les hommes, en contribuant au bien de tout le système et de chacune de ses parties, contribuait par-là nécessairement à notre propre félicité, puisque chacun de nous est une partie de ce tout; et qu'au contraire les actions opposées au bien général, entraînaient par la même raison notre misère avec celle des autres. Ce philosophe conclut de là, que la bienveillance universelle étant la route la plus sûre pour aller au bonheur, le bien commun des hommes, qu'elle tend à procurer, est la souveraine loi du genre humain, comme le salut du peuple est celle de la société civile.

Cumberland ajoute que, si chacun a droit à tout, comme Hobbes le suppose, le droit de tous doit restreindre celui de chaque individu. Mais cette raison n'est pas tout-à-fait décisive par elle-même. Il faut toujours en revenir à examiner si l'homme est si malheureusement constitué, que le mal de ses semblables soit nécessaire ou même utile à son existence; et après avoir concilié, s'il est possible, le bien général avec le bien privé, rechercher s'il n'y a pas une raison naturelle qui nous impose l'obligation de tendre à ce but.

Que le bien général concorde ordinairement avec l'avantage de chaque individu, c'est non seulement ce dont Hobbes convient lui-même dans plusieurs passages, mais ce qui fait la base de son système, puisqu'il dit que ce sont les inconvéniens résultans de l'état d'indépendance et l'utilité que la paix pouvait procurer à tous les hommes, qui les ont déterminés à se réunir en société. Cette utilité est au surplus frappante par elle-même. Il n'est donc pas vrai que lorsque la nature crie à chaque homme de rechercher ce qui est utile, elle l'invite à tuer les autres hommes ou à les asservir, crainte d'en être prévenu. Elle les sollicite au contraire à se réunir, à prendre pour règle l'utilité commune, et à se faire de l'industrie et de la puissance de tous, une barrière contre l'intempérie du ciel, les attaques des bêtes féroces, et celles de l'homme furieux que ses passions ou de fausses vues d'intérêt pourraient porter à quelqu'acte de violence.

Enfin Hobbes n'entend, par l'*état de nature*, que cette situation où les hommes se trouveraient, si la société ne les eût pas réunis; et on lui a objecté qu'il attribuait aux hommes, avant l'établissement des sociétés, des idées de domination et d'ambition qui ne dérivent que des sociétés mêmes, puisque ce sont elles seules qui font cesser l'égalité primitive des hommes, et qui leur font perdre le sentiment de leur faiblesse, en leur montrant ce dont ils sont capables par la réunion de leurs forces. (*Esprit des Lois*, liv. 1, chap. 2 et 3.)

J'ajouterai que des actes particuliers de violence et les exemples de la méfiance qui règne entre les hommes, prouvent bien que des individus de l'espèce humaine agissent injustement, et peuvent at-

(1) *De Cive*, *cap.* 2, §. 2; *cap.* 3, *et cap.* 12, §. 2.

Digitized by Google

tenter à la vie ou aux Droits d'autrui; mais ils ne prouvent point que l'espèce humaine soit nécessairement et généralement méchante; de même que les précautions qu'on prend et les craintes que l'on peut avoir, lorsqu'on est forcé de se nourrir de plantes ou d'animaux inconnus, ne prouvent pas que le règne végétal et le règne animal ne contiennent que des poisons.

On voit aussi des hommes avoir de la confiance les uns dans les autres, et cela n'est même pas sans exemple parmi les nations. Il ne serait pas plus déraisonnable de conclure de cette confiance et des actions d'humanité dont on trouve tant d'exemples, que l'homme est necessairement bon, que d'en faire un être nécessairement méchant d'après le mal qu'il fait souvent. Un être intelligent et libre, mais sujet à des besoins divers, doit éprouver des impulsions contraires. Il peut choisir entre le bien et le mal, balancer sa cupidité par sa raison, ou laisser vaincre sa raison par ses désirs. Il peut être bon ou méchant; mais on ne peut pas dire qu'il soit nécessairement l'un ou l'autre : c'est par-là qu'il diffère essentiellement des animaux qui ont un caractère commun à tous les individus de la même espèce, parceque rien ne balance en eux les mouvemens de l'instinct que la nature leur a donné.

Plusieurs auteurs célèbres ont cependant adopté du plus au moins les principes de Hobbes.

Tels sont, à bien des égards, les sceptiques anciens et modernes, parmi lesquels on peut remarquer Aristippe, l'auteur de l'école cyrénaique; Arcésilas et Carnéades, qui fondèrent la moyenne et la troisième académie; Sextus-Empiricus et Montague. D'après la prodigieuse variété des mœurs et des opinions des différens peuples, ces philosophes ont paru croire, non pas précisément que les hommes étaient naturellement méchans, mais du moins que leurs vertus et leurs vices étaient des choses assez généralement arbitraires.

Ils auraient dû conclure seulement de là, que les hommes ne sont ni infaillibles ni parfaits; l'attention même des voyageurs et des historiens à recueillir ces traits de barbarie et de singularité, parsemés sur la surface de la terre, plus encore que les exemples d'attachement pour ses proches, d'amour pour son pays, de bienfaisance et d'hospitalité, concourent à prouver qu'il y a une mesure du juste et de l'injuste existante dans la nature humaine, quoiqu'elle puisse être falsifiée.

Mandeville a été plus loin dans sa fable des abeilles, et dans les dialogues qui la suivent. Il a soutenu que le bien public dérive de l'ambition, de l'intérêt personnel et généralement des vices des particuliers; mais il n'a présenté la nature humaine que sous une seule de ses faces, celle de ses vices et de ses passions : en ne l'offrant que sous un point de vue si défectueux, il a montré du moins combien l'intérêt public est lié avec l'intérêt des particuliers, puisqu'en ne s'occupant même que de celui-ci, les individus ne laisseraient pas d'être utiles au genre humain.

Parmi nous, un courtisan célèbre s'est aussi efforcé d'établir que toutes nos actions, celles même qu'on appelait *vertueuses*, n'avaient d'autre motif que l'intérêt personnel (1). Les mêmes réflexions servent à réfuter son opinion, que ses vertus privées ont d'ailleurs démentie; et tout ce qu'on peut conclure de son livre, c'est que l'école où il avait puisé sa théorie, est bien rarement celle de la vertu désintéressée.

Les principes de Machiavel dans son *Prince*, et trop souvent ceux de Fra Paolo dans ses *Conseils à la république de Venise*, sont encore à peu près les mêmes que ceux de Hobbes. Quoique ces deux ouvrages n'aient point encore été refutés, comme ils auraient pu l'être, on ne s'en occupera point ici, parcequ'ils concernent plus particulièrement le Droit des nations que le Droit privé, et que leurs auteurs n'ont point entrepris d'en démontrer les maximes à la rigueur.

Dans ces derniers temps, M. Obrien Macmahon a eu le courage de faire un ouvrage exprès sur la méchanceté de la nature humaine; mais, malgré le titre emphatique de son livre (2), on n'y trouve rien de neuf qui puisse immortaliser ce nouvel Erostrate.

II. *Système de la volonté divine.*

Puffendorf a principalement soutenu ce système dans son Traité du Droit de la nature et des gens, et dans l'abrégé qu'il en a donné sous le titre *des Devoirs de l'homme et du citoyen* (3).

Cet auteur paraît penser peu différemment de Hobbes sur la nature de l'homme. Les lois civiles, dit-il, et le décalogue, dont la plupart des préceptes sont conçus en termes négatifs, prouvent combien il est vrai que l'homme est naturellement porté au mal. « Chaque personne ayant non seulement des désirs particuliers, mais étant même bien souvent différente d'elle-même dans ses désirs, l'ordre et la

(1) Voyez les maximes du duc de La Rochefoucault; voici le principe qu'il a mis lui-même à leur tête : *Nos vertus ne sont*, le plus souvent, *que des vices déguisés*. L'avertissement et presque toutes ses maximes prouvent qu'il n'a entendu faire d'exception qu'en faveur de ceux que Dieu préserve des vices par une grace particulière dans la religion chrétienne. Aussi dit-il ailleurs (max. 171 et 353) *que l'intérêt met en ordre toutes sortes de vertus et de vices, et que nos vertus se perdent dans l'intérêt, comme les fleuves dans la mer.* On croyait alors que les fleuves tiraient leurs sources de la mer, où ils vont porter leurs eaux.

(2) *An essay on the depravity et corruption of human nature, wherein the opinion of la Bruière, Rochefoucault, Esprit, Sénault, Hobbes, Mandeville, Helvetius, etc. on that subject are supported*, on principles entirely new, *against M. Hume, Lord Shaftesbury, M. Stern, M. Brown, et other Apologists, for mankind. London.* 1774.

(3) Sur-tout les préfaces de ces deux ouvrages, les ch. 2 et 3 du premier livre *des Devoirs de l'homme et du citoyen*, et les chapitres correspondans du *Traité du Droit de la nature et des gens.*

Digitized by Google

beauté de la société humaine exigeait nécessairement qu'il y eût quelque règle à laquelle on fût tenu de se conformer; car si, dans cette infinie variété de sentimens et d'inclinations, chacun se conduisait à sa fantaisie, sans consulter autre chose que son caprice, il ne pourrait que naître de là, parmi le genre humain, une horrible confusion ».

Il n'y a personne qui ne sente que ces observations prouvent bien qu'il serait à désirer qu'il y eût une loi parmi les hommes, mais non pas que cette loi existe. Quoi qu'il en soit, Puffendorf définit la loi en général : *Une volonté d'un supérieur par laquelle il impose à ceux qui dépendent de lui, l'obligation d'agir d'une certaine manière qu'il leur prescrit.* Il examine ensuite la manière dont cette loi peut nous être manifestée, et il conclut qu'il faut la chercher *dans la nature de l'homme ;* ce qui est vrai en soi, mais assez peu conséquent avec son système.

Cette nature, dit Puffendorf, est fort dépravée : « L'homme étant un animal très affectionné à sa propre conservation, pauvre néanmoins et indigent de lui-même, hors d'état de se conserver sans le secours de ses semblables, très capable de leur faire du bien et d'en recevoir, mais d'autre côté malicieux, insolent, facile à irriter, prompt à nuire, et armé pour cet effet de forces suffisantes; il ne saurait subsister ni jouir des biens qui conviennent à l'état où il se trouve, s'il n'est sociable, c'est-à-dire s'il ne veut vivre en bonne union avec ses semblables, et se conduire envers eux de telle manière qu'il ne leur donne aucun sujet plausible de lui faire du mal, mais plutôt qu'il les engage à maintenir ou à avancer même ses intérêts. Les lois de cette sociabilité, ou les maximes qu'il faut suivre, pour être un membre commode et utile de la société humaine, sont ce que l'on appelle *lois naturelles* ».

La raison, ajoute-t il, suffit seule pour nous faire sentir les avantages de cette conduite; elle peut nous déterminer à l'observer pour notre propre intérêt. Mais elle ne suffit pas pour douner à ces maximes un caractère obligatoire; il faut nécessairement recourir pour cela à la volonté d'un supérieur, c'est-à-dire, à celle de Dieu, qui, ayant créé les hommes et les conduisant encore actuellement, comme les seules lumières naturelles nous le démontrent, veut qu'ils fassent usage, pour se conserver, des facultés dont ils se voient pourvus d'une manière qui les distingue si avantageusement du reste des animaux, et par conséquent qu'ils vivent autrement que les bêtes brutes.

On a reproché à Puffendorf que sa définition des lois était mauvaise, puisqu'elle conviendrait tout aussi bien aux ordres d'un tyran ou d'un pirate qu'à ceux d'un souverain légitime. Ses sectateurs ont essayé de le défendre, en disant que, par *supérieur*, il n'entendait qu'un *supérieur légitime*. Sans examiner ici si cette correction s'ajuste bien au système de Puffendorf, qui paraît avoir été fort partisan du pouvoir arbitraire, il est sensible qu'une telle définition sera toujours défectueuse, tant qu'on n'expliquera point ce que c'est qu'un supérieur légitime, et qu'il faudra chercher le fondement de l'autorité de ce supérieur pour assurer celui de l'autorité des lois, ce qui n'avance absolument rien.

Aussi le système de cet auteur roule-t il perpétuellement dans un cercle vicieux (1). La raison, dit-il, suffit pour nous faire sentir les avantages d'une conduite bonne et juste, et même pour nous déterminer à la suivre; mais il faut, outre cet intérêt, la volonté d'un supérieur pour rendre ces motifs obligatoires.

Si ces maximes sont véritables, comment concevoir que l'homme soit un être *malicieux et prompt à nuire ;* et, si nous ne sommes obligés d'obéir à Dieu que parcequ'il est notre créateur, et qu'il peut nous détruire, enfin, *parcequ'il a, non seulement des forces suffisantes pour faire souffrir quelque mal aux contrevenans, mais encore de justes raisons de prétendre gêner, comme il le juge à propos, la liberté de ceux qui dépendent de lui,* comme le dit encore Puffendorff : il est manifeste que la force et la volonté d'un supérieur ne peuveut avoir pour nous d'influence que par des motifs d'intérêt que Puffendorf ne croit pas seuls obligatoires, ou par des motifs de justice antérieurs à cette volonté.

Au surplus, cette crainte d'un supérieur capable de punir, cadre assez mal avec les priucipes de Puffendorff, qui exclut de son système l'espérance et la crainte d'une autre vie, quoique ce soit une des plus fortes sanctions du Droit naturel, et la seule qui distribue les récompenses et les peines dans une proportion convenable à la justice de l'être qui peut tout. L'expérience prouve assez que Dieu ne dérange point ici-bas, pour puuir les méchans, les règles générales par lesquelles il conduit l'uuivers.

Quant au principe de la sociabilité, qui, suivant Puffendorf, est la base de nos devoirs, plusieurs jurisconsultes allemands l'ont adopté; d'autres l'ont critiqué, parcequ'il ne comprend que les devoirs des hommes entr'eux, et non ce qu'ils se doivent à eux-mêmes et à Dieu. C'est là, ce semble, une assez faible objection : le Droit naturel, en le prenant dans un sens vaste, peut compreudre nos devoirs envers Dieu et envers nous-mêmes : mais ces devoirs appartiennent encore plus parti-

(1) M. d'Agueseau n'estimait pas beaucoup le *Traité du Droit de la nature et des gens* de Puffendorf; il le comparait aux gloses des auteurs scholastiques sur la philosphie d'Aristote et sur la théologie; je crois que tous ceux qui cherchent des lumières dans les livres, seront de l'avis de ce magistrat. Il s'est mépris néanmoins en croyant que M. Barbeyrac étoit l'auteur du *Traité des Devoirs de l'homme et du citoyen*, dont M. d'Agueseau faisait plus de cas; Puffendorf a lui-même composé cet abrégé de son grand ouvrage, dont il ne conserve que trop les défauts. Barbeyrac n'en est que le traducteur. (Voyez *la deuxième instruction sur les études propres à former un magistrat, dans le premier volume des Œuvres de M. d'Agueseau.*

Digitized by Google

culièrement à la religion naturelle et à la philosophie morale.

On peut dire, avec plus de raison sans doute, que ce principe, quelque juste qu'il soit, comme toutes les obligations du Droit naturel, ne peut pas servir de fondement à ce Droit, parcequ'il dépend lui-même de principes antérieurs, et qu'il a besoin de démonstration.

La volonté divine proposée pour base du Droit naturel, a néanmoins eu les partisans les plus illustres. Elle a été adoptée, à bien des égards, par Cocceius et Thomasius; par l'illustre Locke, dans son Essai sur l'entendement humain (1); par le docteur Warburton dans *sa divine légation de Moïse* (2), et par le savant et pieux Domat, dans le traité des lois, qui sert d'introduction à son grand ouvrage, quoiqu'il faille avouer que ce jurisconsulte ne s'est pas expliqué avec la netteté qu'on avait lieu d'attendre d'un auteur si judicieux (3).

On prétend aussi que Cicéron, Platon et la plupart des anciens, ont posé pour base des lois naturelles, la volonté divine. Mais je ne sais si l'on n'a pas confondu ce que ces auteurs ont dit de la sanction des lois naturelles avec ces lois mêmes; et ces deux objets, quoique liés entr'eux, sont pourtant différens.

On peut rapporter, enfin, à ce système celui de Selden, qui, dans son traité *de Jure naturali et gentium juxta disciplinam Hæbreorum*, ouvrage plein d'une érudition prodigieuse, a prétendu que le Droit naturel ne se trouvait que dans les écrits des rabbins, et qu'on devait en chercher les fondemens dans les préceptes qui furent, disent-ils, donnés aux hommes à la sortie de l'arche. Rien ne prouve mieux que cet ouvrage, et tous ceux de Selden, qu'il ne suffit pas d'être savant pour bien raisonner sur la nature humaine. En adoptant le système de cet auteur, il s'ensuivrait que les hommes anti-diluviens, ceux qui ne croient point à la révélation de ces préceptes, et tous les peuples qui n'en ont pas ouï parler, comme il y en a beaucoup sans doute, n'auraient aucune loi naturelle.

L'on sent d'ailleurs que des préceptes révélés par Dieu même, quoique assurément bien obligatoires, diffèrent du Droit naturel dont il faut chercher la source dans la constitution humaine, telle que la raison seule nous la peut découvrir. C'est tout ce qu'on se permettra sur l'ouvrage de Selden. Il faudrait, pour en bien suivre les détails, avoir une érudition que l'auteur de cet article est bien loin de posséder, et il n'est pas possible que Dieu ait établi nos devoirs sur un fondement si inaccessible à la plupart des hommes. On n'aura pas grande opinion des principes de Selden sur le Droit naturel, si l'on en juge par son traité sur l'empire de la mer, lequel a pour titre, *Mare clausum*, où il a prétendu prouver, contre l'illustre Grotius, que sa patrie avait droit d'en interdire l'usage aux autres peuples.

Un paradoxe si révoltant annonce trop des préjugés dans l'esprit, ou trop d'injustice dans le

(1) L'auteur de *la philosophie de la nature*, qui remplit mal le titre de son livre, à mon avis, met le sage Locke au nombre de ceux qui ont combattu l'existence du Droit naturel.

Cet auteur cite vaguement, pour prouver cette imputation, *le tome premier de l'Essai sur l'entendement humain*. Mais il suffit de lire le chap. 28 du liv. 2 de cet ouvrage, pour s'assurer du contraire. Locke y distingue aux §. 6 et 7, trois espèces de lois ou de règles morales, *la loi divine*, *la loi civile et la loi d'opinion et de réputation*. Au §. suivant, il définit la loi divine, celle que Dieu a établie pour diriger les actions des hommes, *soit qu'il la leur ait manifestée par les lumières de la nature*, ou par la voie de la raison, « that law which God had set on the actions of men, whether promulgated to them, *by the light of nature*, or the voice of revelation ». Il ajoute qu'il ne pense pas que personne ait assez inventé (*brutish*) pour nier que Dieu ait donné une règle pour le gouvernement des hommes; que cette règle est la véritable pierre de touche de la rectitude morale; et que c'est en y comparant leurs actions, que les hommes jugent du plus grand bien ou du plus grand mal moral, et connaissent s'ils sont de bonnes ou mauvaises œuvres propres à leur attirer le bonheur ou le malheur de la part du Tout-puissant.

Il est bien vrai que ce philosophe circonspect, en continuant, suivant son plan, de combattre la chimère des idées innées, dit ensuite aux §. 10 et 11, que la loi d'opinion ou de réputation, est chez tous les peuples, la mesure des vertus et des vices; et que ce qui passe pour vertu dans un pays, est réputé vice dans un autre. Mais il ne fait, en cela, qu'exposer un fait. Il a même soin d'observer que cette loi d'opinion est d'accord avec la loi divine dont il vient de parler, quand on applique réellement les noms de vertu et de vice aux actions qui sont droites ou non droites, par leur nature. (*for actions in their own nature right or wrong.*) Enfin il répond avec beaucoup de force dans la préface de la quatrième édition de son livre à ce même reproche, que l'auteur du discours *concernant la nature de l'homme* lui avait déjà fait. Il y observe en particulier qu'on ne peut pas abuser de ce qu'il a dit sur la loi d'opinion et de réputation, puisque les opinions des hommes, quelque générales qu'elles soient, *n'altèrent point la nature des choses*; et qu'en réfléchissant sur ce qu'il a lit au liv. 1, chap. 3, §. 18, et chap. 18, §. 13, 14, 15 et 20 de son traité, on aurait connu ce qu'il pensait de *la nature éternelle et inaltérable du juste et de l'injuste*, et de ce qu'il appelle *vertu et vice*.

Ce passage de la préface de Locke se trouve en note sous le §. 11, du chap. 28 du liv I, dans d'autres éditions et particulièrement dans la troisième, imprimée *in-8°*, à Londres, en 1728. Quelque jugement qu'on porte de l'opinion de Locke à cet égard, on voit combien il est injuste de le placer parmi les adversaires du Droit naturel. V. aussi *le même auteur*, Essay of civil government, book 2, chap. 2, §. 6, 7, etc.

(2) *The divine legation of Moses Demonstrated by W. Warburton, Book 1, sect. 6.*

(3) Voici en peu de mots le plan de Domat : les lois naturelles sont les règles de la conduite de l'homme, et ces règles sont la démarche de l'homme vers sa fin. On connaîtra la fin de l'homme par sa structure et sa nature. Il a dans sa volonté un désir invincible de s'attacher au souverain bien. Les objets sensibles ne peuvent le satisfaire. Sa nature est d'être créé à l'image de Dieu, et sa première loi est de le rechercher comme le souverain bien. Cette loi en renferme une autre qui oblige les hommes à s'aimer et à s'aider mutuellement, puisqu'ils ont une même loi et une fin commune, relativement à ce souverain bien. De ces deux principes, Domat déduit tous les devoirs de l'homme.

Digitized by Google

cœur, pour que l'auteur puisse être un guide utile dans l'étude du droit des hommes.

III. *Système du sens moral.*

Ce système paraît être celui de Cicéron et des Platoniciens : mais ils se sont contentés d'en supposer l'existence sans la démontrer ; et souvent même ils paraissent prendre pour règle les rapports naturels des choses plutôt que le sentiment moral.

Le comte de Shaftesbury a suivi le même système dans ses Caractéristiques, et il l'a sur-tout exposé dans son *Essai sur le mérite ou la vertu* (1), où, à l'éloquence de Platon, il joint aussi quelquefois son obscurité. François Hutchéson a entrepris de le développer d'une manière méthodique (2). Mais il faut convenir que ses différens traités n'ont que l'apparence et trop souvent la sécheresse d'un plan méthodique. Comme il règne beaucoup de confusion dans ses ouvrages, et que je ne sache point que personne ait développé d'une manière nette et précise ce système si séduisant, je vais tâcher d'en tracer les détails de manière qu'ils puissent être facilement saisis avec quelque attention.

On appelle *sens*, les facultés par lesquelles nous recevons les impressions des objets divers, et *sensations*, les impressions que l'ame reçoit de ces objets par le moyen des sens, ou les différentes manières dont ces objets agissent sur nos sens ; on nomme *idées*, les notions que l'esprit se forme des choses par le résultat des sensations. Il y a des sensations physiques que tout le monde connaît sous ce nom : il suffit d'observer avec quelque attention la manière dont elles agissent sur nous, et leurs différences, pour se convaincre que ces sensations ne sont point des images de l'essence des choses, mais des indications de leurs rapports avec nous et de l'effet qu'elles produisent en nous, de simples signes destinés à nous avertir de leur utilité ou de leur *nuisance*.

Quand les idées ou les perceptions qu'excitent en nous les sensations, ont des caractères de dissemblance bien marqués, ce qui arrive le plus souvent lorsqu'elles ne sont pas l'effet du même organe, on juge que ce sont des sensations d'une nature différente ; et telle est l'origine de la distinction des cinq sens corporels.

Mais tous ces sens ont cela de commun, que leurs effets et les impressions de plaisir et de peine qu'ils excitent en nous, sont tout-à-fait indépendans de notre volonté, et qu'on ne peut s'en former d'idée sans le sens ou l'organe qui y est analogue. c'est en cela que paraît consister l'essence des sensations. Le sexe, le tempérament, l'éducation et les préjugés mêmes, l'étroite liaison de deux sensations qui nous ont été transmises en même temps (3), peuvent influer jusqu'à un certain point sur nos sensations, et en altérer la pureté originelle, mais non pas en changer totalement la nature.

Outre ces sensations physiques si généralement connues, il y a des perceptions plus relevées par leur nature, qui sont immédiatement produites par là combinaison inexplicable des premières. Telles sont la beauté et la laideur, la plupart des effets des beaux arts et singulièrement celui de l'harmonie. On peut nommer *sens intérieur* (4) la faculté qui les aperçoit.

Il n'est personne qui ne distingue les effets des sensations purement physiques. Le sens intérieur appartient, non aux organes corporels, mais à l'esprit. Il a pour objet les choses mêmes incorporelles, telles que les théorèmes de la géométrie. On trouve une beauté réelle dans ceux dont la découverte mène à un grand nombre de propositions utiles et ignorées jusque-là. Mais cette nouvelle faculté a cela de commun avec les sens physiques, que les effets en sont immédiats et entièrement indépendans de notre volonté, et même de notre avantage ou de notre désavantage, quoiqu'ils y correspondent le plus souvent. Ainsi, dans un jardin, dans un appartement, dans le moindre meuble dont les formes sont élégantes, il n'y a personne qui ne trouve une certaine beauté indépendante de l'utilité qu'ils peuvent avoir.

Le sens intérieur a encore cela de commun avec les sens physiques, que les principales impressions qu'il produit sont les mêmes dans tous les hommes, quoiqu'il y ait de la différence dans quelques uns de leurs effets chez les divers individus. Cette différence tient à des causes à peu près semblables à celles qu'on a expliquées, en parlant des sens physiques. Si elle est plus marquée dans le sens intérieur que dans ces derniers, si les hommes ne sont pas aussi souvent d'accord sur le goût de la beauté et de l'harmonie, que sur les perceptions purement physiques, cela provient sans doute de ce que le sens intérieur se développe dans les hommes beaucoup plus tard, et lorsque leur être peut avoir déjà souffert bien des altérations, par l'éducation, la coutume et les autres causes qui peuvent influer sur les caractères. Mais cette diversité n'est pas plus une objection contre l'existence du sens interne, qu'elle n'en est une contre celle des sens extérieurs.

Outre les sens physiques et le sens intérieur dont

(1) *An inquiry concerning virtue or merit.*

(2) V. le *Système de philosophie morale*, et sur-tout les *Recherches sur l'origine des idées que nous avons de la beauté et de la vertu* ; l'*Essai sur la nature et la conduite des passions et des affections, avec des éclaircissemens sur le sens moral*, traduit de l'anglais, par M. *Eydoux*. V. aussi les ouvrages de Smith, Cudworth et Hume.

(3) Ainsi l'on voit des personnes qui ne peuvent souffrir ni l'odeur ni le goût du vin, après y avoir pris de l'émétique dans leur enfance.

(4) C'est à peu près ce que nous appelons *Goût* au figuré.

Digitized by Google

on vient d'expliquer la nature et les effets, il y a en nous-mêmes une troisième faculté qui est également dépendante de la constitution primitive de l'homme, et dont les perceptions sont aussi immédiates. Dans une créature capable de réfléchir sur ses idées, et de les généraliser, non seulement l'apparence des choses, mais aussi les actions elles-mêmes, ou plutôt les affections de pitié, de douceur, de reconnaissance, de cruauté, de méchanceté et d'ingratitude que nous observons, et sur lesquelles notre esprit peut se replier, causent du plaisir ou de la peine, et sont elles-mêmes de nouveaux sujets d'affection. De même que les impressions des sens extérieurs et du sens interne, ou les sensations de plaisir et de peine, de beauté et de difformité qu'ils excitent en nous, sont des effets nécessaires; de même celles qui résultent en nous des affections que nous appercevons, soit dans les autres, soit même au-dedans de nous par la réflexion, sont indépendantes de notre volonté. Le cœur ne peut être neutre à la vue des images qui se présentent à lui. Les témoignages de tendresse et de bienfaisance le dilatent naturellement, et l'attirent, pour ainsi dire, vers celui qui les montre; la dureté le resserre; il se soulève contre la violence.

Ce sentiment immédiat d'amour ou de haine, d'approbation ou de mépris pour certaines actions, duquel on ne peut rendre de raison ultérieure, est ce qu'on appelle *sens moral*. En examinant les impressions qu'il produit sur nous, il sera facile de reconnaître que la *bonté morale* n'est autre chose que l'idée d'une qualité, qui, en causant notre approbation, nous porte sans aucune réflexion et par une détermination naturelle, à souhaiter du bien à celui qui l'a faite; et *la méchanceté morale*, l'idée d'une qualité opposée qui nous force à désapprouver toute action dans laquelle elle se rencontre.

S'il fallait des preuves plus détaillées de l'existence du sens moral, chacun les trouverait en soi-même et autour de soi. Quel est l'homme qui n'ait éprouvé quelquefois du plaisir à faire le bien, qui peut-être ne se soit voulu du mal de quelqu'injustice, et qui n'ait été frappé d'horreur à la vue de quelque cruauté. Si l'on ne veut pas recourir à un sentiment immédiat, pourra-t-on expliquer les effets involontaires de honte et de pudeur, d'honneur et de gloire, qu'on découvre chez tous les hommes, et cette impression vive que produisent sur les enfans de l'âge le plus tendre, et sur les gens du peuple, qui ont le moins reçu d'éducation, les tableaux de la barbarie ou de la bienfaisance? Pourquoi, comme l'a voulu Tacite, ne tolérerions-nous pas sans colère les crimes des scélérats, les cruautés des tyrans, comme les fléaux naturels de la peste, de la famine et de la tempête? N'est-ce pas même à ce sens moral, altéré sans doute ou mal appliqué, qu'on peut attribuer les cruautés que les enfans commettent si souvent, et le concours du peuple au combat des gladiateurs, aux exécutions publiques (1)? Un instinct confus les pousse vers tous les objets qui peuvent leur donner lieu d'exercer leur compassion. Quel est enfin l'homme qui, dans ces plans chimériques de bonheur, dans ces rêves de fortune que nous faisons tous quelquefois, et où le cœur s'abandonne entièrement à lui-même, ne se propose pas de parvenir à l'accomplissement de ses desirs par des moyens honnêtes plutôt que par des trahisons?

On ne peut expliquer tout cela d'une manière satisfaisante, qu'en admettant dans les choses morales des impressions nécessaires et un sens immédiat. Le raisonnement nous fait découvrir des vérités. Mais quelle influence a-t-il sur les mouvemens de notre cœur? Si nous n'écoutions que la raison seule, si ce n'était pas une affection involontaire qui nous guide dans la différence que nous mettons entre le juste et l'injuste, pourquoi ferait-on des exhortations si touchantes pour porter à la vertu? Pourquoi les orateurs témoigneraient-ils tant d'indignation contre un scélérat dont ils veulent faire proscrire la tête? Il suffirait de donner des démonstrations froides et tranquilles pour déterminer notre raison.

Telles sont, suivant les partisans du sens moral, les preuves qui en établissent l'existence. Voici comme ils en expliquent ensuite les effets et l'usage qu'ils lui attribuent pour régler notre conduite.

Il se peut bien, disent-ils, que la raison nous donne des notions du bien et du mal; mais, outre qu'elle ne peut avoir d'influence sur nos affections, combien peu d'hommes sont à portée de la cultiver! Il était donc convenable à la bonté de Dieu de nous donner un guide plus sûr et plus facile à reconnaître dans le sens moral. La justice et la vertu consistent à suivre tout ce qu'il approuve; leur pratique nous fera bientôt éprouver combien les plaisirs qui naissent des affections bienfaisantes, sont supérieurs à ceux que nous ressentons en satisfaisant les besoins du corps, ou en assouvissant nos passions les plus violentes. Le témoignage des méchans et leurs sentimens même sont à la vérité contraires à cette préférence. Mais ils ont tellement dépravé leur sens moral par une vie souillée de crimes, qu'ils sont juges incompétens dans cette matière. L'homme vertueux, qui, par sa tempérance, n'a pas moins conservé l'activité des sens physiques que celle du sens moral, est le seul à qui l'on doive s'en rapporter.

Un tel homme nous apprendra que, quels que soient les plaisirs des sens extérieurs, le sens interne donne un prix bien plus grand à ceux qui résultent de la contemplation de la beauté, des doux effets de l'harmonie, et de la découverte d'une grande vérité dans les sciences; mais que ceux qui naissent de l'approbation du sens moral, sont infiniment supérieurs à ces derniers. Cet avantage du

(1) Cette preuve de l'existence du sens moral, peut sembler bien choquante. Mais, comme M. Hutchéson a beaucoup appuyé là-dessus, je n'ai pas cru devoir la supprimer.

Digitized by Google

sens moral sur tous les autres sens, se fait apercevoir jusque dans les beaux arts mêmes. Leurs productions nous touchent plus ou moins vivement, à proportion que la moralité en est plus ou moins grande; et voilà pourquoi, sans doute, on préfère tant les tableaux aux portraits, quelque ressemblans que soient ceux-ci.

Il est facile d'après cela de faire une échelle graduée des biens et des maux, et de déterminer quels sont ceux qu'on doit rechercher ou éviter de préférence pour être heureux et juste. On doit mettre au premier rang tous ceux que le sens moral nous fait appercevoir, au deuxième ceux qui tiennent au sens intérieur, et au dernier les biens et les maux purement physiques. Quant à ceux qui sont composés, on les appréciera en raison du plus ou moins de rapports qu'ils ont à ces trois sortes de sens. Il résultera de cette manière d'apprécier le vice et la vertu, une conséquence propre à satisfaire. C'est qu'on ne doit point les mesurer sur les actions et sur les talens des hommes, mais sur leurs affections et leurs sentimens de bienfaisance, et qu'il peut y avoir des héros dans tous les états. On méritera ce nom quand on fera tout le bien dont est capable, dans la sphère où l'on a été placé.

Un système si intéressant par ses rapports avec nos affections, et par sa simplicité qui réduit toutes les facultés humaines à des principes communs, ne pouvait pas manquer d'avoir du succès; mais il a aussi éprouvé bien des critiques.

On lui a reproché de ne donner, sous le nom du sens moral, que les résultats des sensations physiques et de l'intérêt personnel, ou tout au plus ceux des préjugés que l'éducation, la coutume et l'exemple produisent en nous; de proposer une règle de conduite qui, de l'aveu de ses auteurs, pouvait être facilement pliée et détournée au mal, et qui variait dans les individus, comme le goût même; de détruire le mérite ou le démérite de nos actions, en leur donnant pour cause déterminante une impulsion indépendante de notre volonté, dont le méchant pourrait, ce semble, alléguer l'impression en sa faveur, comme l'homme de bien; et enfin de substituer à des principes clairs et précis, une qualité occulte et inintelligible.

Les partisans du sens moral, et sur-tout Hutchéson, ont essayé de détruire ces objections. Il est si peu vrai, disent-ils, que le sens moral soit la même chose que l'intérêt personnel, que les affections qui sont une suite du sens moral, se soutiennent jusqu'aux portes de la mort, même dans ceux qui ne croyant point à l'immortalité de l'ame, n'en peuvent espérer aucun avantage. Jamais on n'a élevé de statues aux traîtres qui ont fait des actions utiles. Partout on déteste l'hypocrisie comme le plus infâme de tous les vices, quoiqu'elle emprunte les apparences de la vertu. Ce sont donc les affections, et non les actions, qui sont l'objet du sens moral; et, dès-lors, l'intérêt n'y a point de part. Un honnête homme quitte une partie de plaisir pour aller partager sa bourse avec les malheureux. Un scélérat qui marche au supplice, absout les lois qui le condamnent. Quel intérêt y peuvent-ils avoir?

Il est vrai que le sens moral est plus ou moins parfait, plus ou moins altéré dans les divers individus, et même chez les différens peuples. On a vu des nations entières tuer leurs pères à un certain âge, exposer leurs enfans, et commettre d'autres atrocités. Mais l'horreur qu'elles inspirent par-tout ailleurs, l'enthousiasme qu'excitent les traits d'humanité, de bienfaisance, d'amitié, de dévouement pour la patrie, qu'on trouve dans d'autres pays, et souvent chez les mêmes peuples, annoncent combien ces derniers traits sont naturels à l'homme, et que les premiers ne sont qu'une dépravation fortuite du sens moral. Les sens physiques varient aussi, même de peuple à peuple, à certains égards. Dira-t-on pour cela qu'ils n'existent pas? Si l'on y donne une attention sérieuse, on verra que ces différences, dans les uns comme dans les autres, tiennent à des préjugés nationaux, à la liaison de deux sensations diverses, et généralement à des causes semblables à celles qui peuvent dépraver nos sens extérieurs. La plupart de ces atrocités mêmes prouvent l'existence du sens moral qu'elles ont altéré. Ce sont presque toujours des conséquences mal tirées d'un mouvement de compassion ou d'un autre principe naturel et bon par lui-même.

C'est parceque le sens moral semble se développer plus tard que les sens extérieurs, qu'on a pu douter s'il n'était pas l'effet de l'éducation ou des préjugés que les législateurs avaient eu intérêt d'inspirer; mais les premières traces s'en font remarquer dans les enfans de l'âge le plus tendre; les philosophes savent aussi que c'est l'expérience seule qui nous apprend à faire un usage convenable, non seulement du sens interne, ou du goût, mais encore des sens extérieurs les plus importans, tels que le toucher et la vue. Il n'est pas plus étrange de donner pour base à la vertu un sentiment inconcevable, que d'en faire le fondement du bonheur. Comme il faut des soins continuels pour préserver d'altération le sens moral, et pour en suivre l'impulsion, plutôt que celle des passions et de l'intérêt personnel, il restera toujours un mérite bien réel à la vertu.

Enfin on ne doit rejeter parmi les qualités occultes que celles qu'on admet sans en avoir de preuves; et l'on ne peut s'empêcher d'adopter tous les principes qui se montrent par des effets constans, quelqu'inconcevables qu'ils nous paraissent. Conçoit-on les effets du plaisir, de la douleur, de la beauté ou de l'harmonie? Personne néanmoins n'en conteste l'existence: il doit en être ainsi du sens moral.

Ces réflexions ne lèvent pas toutes les difficultés. Il est bien vrai que les crimes dont un homme est témoin, et que son intérêt ou de faux préjugés ne lui font pas approuver, le frappent pour ainsi dire immédiatement, et le révoltent aussitôt contre leur auteur. Mais on n'aperçoit là que le pur effet de la compassion, de l'horreur et de l'effroi que les

Digitized by Google

signes de la douleur nous font éprouver ; en ne voulant prendre que ces sentimens pour règle, on courrait trop souvent le risque de les confondre avec les passions les plus dangereuses.

On éprouve à peu près la même impression à la vue d'un lion qui déchire un homme, on de l'assassin qui l'égorge, et peut-être même lorsqu'on ne fait que punir un criminel par une juste vengeance, de même que lorsqu'il éprouve de grandes souffrances par des causes purement naturelles, parceque les sentimens d'horreur et de compassion, comme tous les autres mouvemens des passions, sont aveugles et involontaires.

Il est bien certain encore, que la pratique habituelle de la gratitude, de l'humanité, de la bienfaisance, de la justice et des autres vertus, répand dans l'ame une satisfaction douce, un certain calme, une sorte de ravissement, je dirais presque une volupté préférable à tous les autres plaisirs. Mais une grande sensibilité pour ces jouissances intérieures, n'est communément l'effet que d'une longue habitude, et peut-être même quelquefois la suite d'un caractère heureux, que tous les hommes sont bien éloignés de posséder. Le méchant ne trouve aucun plaisir à faire le bien. L'homme faible n'y en trouve pas assez pour le dédommager des combats qu'il lui faut essuyer pour cela. Un sentiment si peu constant, si susceptible d'altération, ne peut donc pas servir de base à la moralité des actions humaines.

L'expérience prouve que les vertus et les vices, qui ne concernent particulièrement ni nous, ni nos proches, ni notre patrie, nous causent à peine quelqu'émotion, sur-tout si l'on n'emploie aucune éloquence à nous les dépeindre, et si nous ne nous sommes pas habitués à exalter l'amour universel du genre humain, par la spéculation des devoirs et des relations des hommes les uns avec les autres. Nous concevons bien que ces vertus on ces vices sont plus estimables ou plus condamnables ; mais c'est froidement que nous jugeons ainsi. Cependant, si le sens moral était la mesure du mérite ou du demérite des actions humaines, il devrait être plus vivement ému, lorsque les vertus ou les vices qu'il apperçevrait, influeraient sur une plus grande partie du système de l'humanité.

Le sens moral n'est donc que l'enthousiasme produit par les signes extérieurs plus que par la nature des choses. Les préjuges l'abusent. Il faut de l'éloquence pour l'exciter. L'amour de soi-même, de sa famille et de sa patrie l'égarent sans cesse. Il n'a d'application qu'aux effets immédiats. Quel est l'homme opulent qui ne fût revolté, si, pour le nourrir, on servait sur sa table les membres des habitans des cabanes qui entourent son château ? Plusieurs d'entr'eux font néanmoins périr un grand nombre d'hommes, et en empêchent de naître un plus grand nombre encore par leur inflexible dureté, leur luxe excessif et leur avarice. Ils n'ignorent pas toujours ces effets terribles. On les leur rappellerait vainement. Le mal qu'ils font est insensible et sourd. Le sens moral se tait ; et, dans ce système, ils seraient justifiés.

IV. *Système des relations et des différences essentielles des choses.*

Ce système est celui des auteurs les plus célèbres qui aient écrit sur les devoirs de l'homme. Il a été adopté par Grotius (1), par Cumberland (2), et par l'immortel auteur de l'*Esprit des Lois*, qui l'a présenté avec beaucoup de précision au commencement de son livre. L'illustre Clarke l'avait développé dès auparavant, de la manière la plus méthodique, dans son *Traité des devoirs de la Religion naturelle*. En voici l'exposition abrégée.

Nous découvrons dans tous les êtres des rapports plus ou moins nombreux, des conformités et des différences qui nous servent à juger de leurs qualités et de leur destination. Ces rapports sont constans et invariables, tant que les sujets entre lesquels ils subsistent, ne changent point de nature. Il faut reconnaître que c'est d'après eux que tous les êtres de l'univers agissent les uns sur les autres, et reçoivent tant d'impressions diverses, si l'on ne veut pas tomber dans l'absurdité d'admettre des effets sans cause.

Par exemple, entre un corps mu et un autre corps mu, c'est, suivant les rapports de la masse et de la vitesse, que tous les mouvemens sont reçus, augmentés, diminués, perdus. Chaque changement, chaque altération se fait selon des règles aussi sûres et aussi constantes que celles de la permanence même des corps dans un état quelconque. Ce n'est point Dieu qui a créé ces rapports ; ils dérivaient de l'essence des choses, lors même qu'elles n'étaient que possibles. Dieu les connaît de toute éternité ; et c'est d'après ces connaissances qu'il a créé l'univers, et qu'il le conserve, suivant des règles qui ont du rapport avec sa sagesse et sa puissance.

Il y a dans la morale des rapports de nuisance et d'utilité, de douleur et de plaisir, de pouvoir et de dépendance, tout aussi marqués que les rapports physiques dont on vient de parler. Ils sont de même

---

(1) *Jus naturale est dictatum* rectæ rationis *indicans actui alicui* ex ejus convenientiâ aut disconvenientiâ cum ipsâ naturâ rationali, *inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem*, ac consequenter *ab autore naturæ Deo tale actum aut vetari aut præcipi*. (De jure Belli et Pacis, lib. 1, cap. 1, §. 10.)

(2) *Solebam ipse quidem cum aliis plurimis antequàm dominii jurisque omnis originem universaliter et distinctè considerassem, dominium Dei in creaturam, velut integram ejus originem resolvere. Verùm..... in hanc tandem concessi sententiam, dominium Dei esse jus vel potestatem ei, à sua sapientiâ et bonitate velut à lege datam, ad regimen eorum omnium quæ ab ipso unquam creata fuerint, vel creabuntur..... Ex quo demonstrari potest justitiam universalem omnemque à Deo virtutem moralem quæ in rectore requiritur, in Deo præcepta regiâ legere, eâdem planè methodo quâ homines ad ea exercendas obligari ostendemus.* (De legibus naturæ, pag. 345. 346, 347.)

Digitized by Google

antérieurs à l'existence des êtres entre lesquels ils subsistent; ils dérivent de la seule possibilité de l'existence de ces êtres; et, comme ils sont fondés sur l'essence des choses, il n'est pas possible d'y faire la moindre altération, sans dénaturer essentiellement les sujets entre lesquels ils subsistent.

Il est facile de faire voir que de ces relations essentielles et nécessaires, il découle naturellement des règles morales, que toutes les créatures raisonnables sont obligées de mettre en pratique antécédemment à toutes lois positives et à toute attente de punition et de récompense, afin de parvenir sûrement à l'objet de leur destination.

Par exemple, des êtres qui ont le pouvoir de faire ou de ne pas faire certaines actions propres à influer sur leur bonheur, doivent se déterminer conformément à ce bonheur. Si des êtres intelligens avaient reçu des bienfaits d'un autre être intelligent, ils ne devraient point chercher à lui nuire, ou s'opposer aux avantages semblables qu'il voudrait faire à d'autres êtres de la même nature. Si un être intelligent avait créé d'autres êtres intelligens, les êtres créés ne devraient point s'efforcer de se soustraire à la dépendance qu'ils auraient eue dans leur origine. Un être intelligent qui fait volontairement du mal à d'autres êtres intelligens, mérite de recevoir le même mal. Si tous ces êtres intelligens pouvaient être beaucoup plus heureux, en se réunissant en société, selon des règles conformes au bien général, il serait juste que ces êtres ainsi réunis observassent les lois qu'ils auraient faites.

Car il y a cette différence entre les êtres purement physiques et les êtres moraux, que les premiers n'ont que des règles qu'ils n'ont pas faites, tandis que ceux-ci peuvent, outre les rapports éternels qui subsistent entr'eux, en constituer de nouveaux par des conventions; et ces conventions doivent être observées et servir de règle, tant qu'elles ne blesseront pas les rapports originels de ceux qui les ont faites, puisqu'en les observant, ils tendent au bonheur qui est la première règle de toutes.

Quoique tous les êtres de l'univers, de quelque espèce qu'ils soient, aient un but marqué, et que leur bonté ou leur perfection consiste à l'obtenir de la manière la plus sûre, il y a encore cette différence entre les êtres physiques et les êtres moraux, que ceux-là suivent irrévocablement les règles qui leur sont imposées par leur nature, tandis qu'il est de l'essence de ceux-ci de pouvoir s'y soustraire. Ce sont toutes ces règles, qu'on appelle *lois* au moral comme au physique, malgré cette différence.

Le Droit naturel, qui est l'assemblage des règles propres à diriger les êtres moraux seulement, dérive donc des rapports de l'homme, c'est-à-dire, de sa constitution primitive. La paix et la bienveillance mutuelle sont utiles et convenables à l'homme, ainsi que Hobbes en est convenu lui-même avec tous les philosophes qui ne donnent aux lois d'autres fondemens que les conventions humaines. La paix et la bienveillance mutuelle sont donc la première loi des hommes, et dès-lors il n'est pas vrai que la guerre soit leur état naturel.

De cette première loi découlent toutes les obligations naturelles et tous les devoirs de la morale. Les rapports sur lesquels ils sont établis, sont si clairs, si précis, si fort à la portée de tout le monde, si naturellement déduits de la plus simple théorie, que bien des philosophes les ont pris pour des idées innées, comme les premiers principes de la géométrie; d'autres ont cru, avec Platon, qu'ils nous avaient été enseignés dans une autre vie, et que c'était par réminiscence que nous les connaissions dans la vie présente. D'autres enfin ont cru qu'il y avait un sens moral qui appercevait immédiatement la bonté ou la méchanceté des actions humaines.

Quoique toutes ces opinions soient erronées, elles prouvent du moins combien ces rapports éternels, qui sont la base des devoirs de l'homme, sont incontestables et généralement reconnus. Lorsqu'on les admet une fois, rien n'est plus facile que d'en déduire les diverses lois naturelles.

On ne doit pas dissimuler que ce système a aussi essuyé des critiques. Les rapports et les différences essentielles des choses, a-t-on dit, peuvent bien établir une convenance, mais non pas une obligation, puisque, pour la produire, il faut qu'il y ait nécessairement une personne qui oblige, différente de celle qui est obligée. On ne peut concevoir d'obligation morale, sans une loi qui l'impose, et peut-il y avoir de lois sans un législateur? Comment, d'ailleurs, des rapports abstraits et purement intellectuels pourraient-ils influer sur la volonté? Comment peuvent-ils même constituer aucune sorte de moralité? Il y a les mêmes rapports entre un jeune rejeton qui fait périr le tronc qui l'a produit, en lui enlevant les sucs dont il a besoin pour se nourrir, et ce monstre couronné, qui fit mourir sa mère. Dira-t-on pour cela qu'il y a le même crime de part et d'autre. (1)?

Ces objections semblent faciles à détruire. On verra, dans la section suivante, que les premières ne sont, en quelque sorte, fondées que sur des jeux de mots, et sur des notions confuses de ces mots *Obligation*, *Droit* et autres semblables. Mais il n'est point vrai qu'il y ait les mêmes rapports entre Néron, et le rejeton qui dessèche l'arbre qui l'a produit. Il peut y avoir les mêmes rapports physiques; mais la sensibilité, l'intelligence, la liberté sont des rapports qui n'existaient qu'entre Néron et sa mère; et ce sont eux qui le rendent si coupable.

Il paraît donc qu'on ne peut rien opposer avec quelque fondement aux auteurs de ce système, si ce n'est peut-être qu'ils se sont exprimés d'une manière un peu vague, et qu'ils n'ont pas assez bien

(1) V. les *Essais de morale* de Hume, *sect.* 1; et Warburton's *Divine legation of Moses*. B. 1, sect. 3.

Digitized by Google

développé les rapports divers, qui sont le fondement du Droit naturel. Cela même peut ne provenir que de l'étendue de leur génie, qui, dans les principes les plus généraux, voyait, pour ainsi dire, immédiatement les conséquences et les détails qu'ils ont négligé de donner?

§. III. *Recherches sur la nature de l'homme, sur les vrais principes et les sanctions du Droit naturel, avec un essai de conciliation des systèmes précédens.*

Quand plusieurs auteurs, qui cherchent la vérité de bonne foi, trouvent des résultats divers sur le choix desquels ceux qui les suivent sont aussi partagés, il y a tout lieu de croire que c'est faute de bien s'entendre, soit entr'eux, soit avec eux-mêmes; que leurs opinions ont toutes quelque vérité pour base; et que quelques uns d'entr'eux ne tombent dans l'erreur, que parcequ'ils en tirent des conséquences trop étendues. La voie la plus sûre pour éviter ces inconvéniens, est de ne rien approuver qu'on n'entende bien, et qu'on n'ait examiné, s'il est possible, sous toutes les faces.

En admettant ici le système de Clarke, comme le seul qui puisse nous donner des règles sûres de conduite, l'on fera voir, 1°. que ces règles doivent pouvoir s'allier avec le bonheur de l'homme, dont le désir est pour lui une loi physique à laquelle il ne peut se sonstraire, et c'est ce que Hobbes a fort bien vu. Il ne s'est trompé qu'en supposant que le bonheur de chacun était un obstacle à celui des autres.

2°. Que de la réunion de la sensibilité et de la raison, il résulte une faculté très active, qui révolte l'homme contre l'inhumanité, et lui fait trouver du plaisir au spectacle de la bienfaisance; et c'est là l'origine du sens moral, qui ne différerait en rien de la pitié ou de l'amour de soi-même, si l'on ne confondait pas avec lui les opérations les plus simples de la raison.

3°. Que l'homme trouve dans la volonté, ou même dans la simple notion de l'existence de Dieu, un nouveau motif pour lui faire suivre de plus en plus les règles de conduite qui dérivent des relations naturelles et des différences essentielles des choses, ce qui achève de dissiper les nuages que l'intérêt personnel du moment ou la force des passions pourraient jeter sur sa raison.

Il résultera de là, ce me semble, une conséquence bien satisfaisante; c'est que l'homme juste a quatre motifs principaux pour diriger ses actions sur la rectitude naturelle: son intérêt personnel, la voix de la raison, un instinct puissant qui lui fait partager les peines et les plaisirs des autres hommes, et la certitude qu'il agit conformément aux vues de cette intelligence suprême qui gouverne l'univers, et qui saura bien le dédommager des contradictions passagères que l'amour de l'ordre et de la justice peut lui faire essuyer quelquefois.

Pour éclaircir tout cela, et porter, s'il est possible, la démonstration jusqu'à l'évidence, il faut d'abord chercher quelle est la véritable nature de l'homme et celle du Droit. On a beaucoup écrit là-dessus dans ce siècle; mais je crois que des définitions exactes des mots dont on se sert, et l'explication des différentes idées qu'on y attache, avanceraient beaucoup plus l'étude de la jurisprudence naturelle que de gros traités. C'est ce que Burlamaqui paraît avoir senti dans son excellent ouvrage, et ce à quoi l'on va s'attacher plus particulièrement ici.

Si cette méthode, à qui la géométrie doit principalement la sûreté de ses démonstrations, n'est pas communément suivie dans les sciences qui ont rapport à la morale, ce n'est pas qu'elle ne dût également y réussir; c'est que ces connaissances n'ont point ou presque point de termes qui leur soient propres. Comme ceux qu'on y emploie, ont designé dans leur origine des objets purement corporels, avant qu'on les ait appliqués métaphoriquement aux choses intellectuelles dont les premières notions dérivent des sens, il faut plus d'attention qu'on n'en donne ordinairement aux mots pour suivre avec justesse la filiation des idées qu'ils représentent.

Qu'entend-on par la *nature* de l'homme et par celle des êtres en général? Le mot *nature* dérive de celui de *naître*. Il signifie donc originairement ce qui est né ou produit avec un être, et non les facultés qu'il peut acquérir dans la suite.

Sous ce point de vue, l'on ne pourrait pas appeler *état naturel des animaux ou des végétaux* celui auquel ils ne parviennent que par un développement successif et postérieur à leur naissance. Les facultés de marcher et de se reproduire dans les uns, celle de donner des fleurs et des fruits dans les autres, n'y seraient point comprises, puisqu'ils ne parviennent à en jouir qu'après un temps plus ou moins long, et souvent au bout de plusieurs années.

L'observation ayant néanmoins fait voir que les plantes et les animaux jouissaient constamment de ces facultés au bout d'un certain temps, sans l'accession d'aucune cause nouvelle, on a conclu qu'elles étaient une suite des facultés primitives qu'ils avaient reçues en naissant; et l'on a aussi appelé *état naturel* celui où ils parviennent ainsi constamment, quoiqu'ils n'aient pas ces facultés dès leur naissance, et que plusieurs individus périssent sans avoir jamais atteint cet état.

Il suit de là que le mot *nature* contient une idée beaucoup plus complexe pour les êtres qui changent d'état dans les différens temps de leur durée; plus ces changemens et les rapports qu'ils produisent sont nombreux, moins cette idée est simple. La nature d'un végétal renferme une idée plus complexe que celle d'un minéral; celle d'un animal plus que celle d'un végétal. Si, parmi ces êtres, il est un état auquel ils ne puissent parvenir que par la réunion de deux ou de plusieurs individus de la même espèce, cet état n'est pas moins reputé natu-

Digitized by Google

rel, lorsqu'ils y parviennent constamment et sans le concours d'aucun être étranger à leur espèce.

Ainsi, quoiqu'il faille dans les animaux la réunion du mâle et de la femelle pour opérer leur reproduction, la conception et la gestation sont pour la femelle un état naturel, comme la génération pour les mâles, parcequ'ce effet arrive constamment par-tout où il se trouve un mâle et une femelle, et que les animaux ont reçu dès leur naissance des organes qui sont évidemment destinés à cet usage seul.

On comprend donc, dans l'usage, sous le nom de *nature des êtres*, toutes les inclinations, les propriétés, les dispositions qu'ils parviennent habituellement à acquérir dans le cours de leur existence, par le simple développement de leurs facultés primitives, lors même que, pour ce développement, il faut le concours de plusieurs individus; et l'on voit par-là que ce mot *nature* a une signification bien plus étendue que celui d'*essence*. L'essence des êtres ne comprend que les facultés sans lesquelles ils ne peuvent subsister en quelque temps que ce soit, telles qu'est la vie pour les animaux: leur nature comprend de plus celles qu'ils doivent obtenir un jour, si rien ne s'oppose à leur développement; et l'on donne enfin ce nom par excellence à cet état où ils rassemblent à la fois un plus grand nombre des attributs appartenans à leur être.

En appliquant ces principes à l'homme en particulier, on peut aussi distinguer en lui ce qui tient à son essence d'avec ce qui est simplement de sa nature. Si on le considère sous le premier aspect seulement, on trouvera qu'il est de son essence d'être sensible, d'aimer le plaisir et de fuir la douleur, comme font tous les autres animaux. Il n'en diffère guère, lorsqu'il est seul et sans aucune communication avec ses semblables, que par une extrême faiblesse, qui l'exposerait à se trouver infailliblement la victime des bêtes, si son organisation particulière ne lui donnait une adresse suffisante pour le soustraire assez souvent à leur violence. Il en diffère bien encore par son entendement, c'est-à-dire, par la faculté qu'il a de se replier sur ses idées, de les comparer, de les combiner, d'en tirer des résultats généraux et des règles de conduite; mais cet attribut admirable est encore en un tel état d'impuissance dans l'homme isolé, qu'il a plutôt enlui l'aptitude nécessaire pour s'en servir un jour, qu'il n'en peut faire usage effectivement. L'espèce humaine ne se perfectionne que par la communication des individus entre eux, comme on peut en juger imparfaitement par les sourds et muets de naissance, et beaucoup mieux par l'exemple de quelques sauvages qu'on a trouvés seuls dans nos forêts.

Dans cet état d'enfance, l'homme doit être nécessairement timide. Il est impossible d'imaginer ce qui le rendrait *méchant et prompt à nuire*, comme le suppose Puffendorf, ou dévoré d'ambition, comme Hobbes l'a prétendu. Lorsque toutes les facultés dont il fait usage, se borneat an seul instinct, quand tout lui annonce sa faiblesse et les dangers qu'il court, d'où lui pourraient venir ces passions cruelles?

On peut distinguer deux sortes de méchanceté. La première tient à une férocité naturelle, qui ne mérite qu'improprement ce nom; et la timidité des hommes sauvages, comme l'anatomie comparée (1), nous prouve qu'ils n'en sont point susceptibles. La seconde est la méchanceté réfléchie à laquelle on se livre de sang-froid et par esprit de système: elle peut encore moins appartenir à l'homme sauvage, dont les facultés intellectuelles sont entièrement inactives; un tel être n'a pour ainsi dire ni vice ni vertus, mais des passions facilement irascibles, et de peu de durée: subsister et se reproduire, s'il en trouvait l'occasion, seraient presque les seuls objets de ses désirs, et l'instinct de la pitié, la seule morale dont il fût capable.

Un philosophe de ce siècle a prétendu dans un discours plein d'éloquence et d'observations utiles (2), que c'était là le véritable état naturel de l'homme, d'où il n'était sorti que par la dépravation de ses facultés primitives, et pont devenir de plus en plus misérable dans la société. Il fait un tableau magnifique de l'homme sauvage. L'excellence de son instinct, dit-il, le rend très supérieur aux autres animaux; il a de plus qu'eux la faculté de pouvoir se nourrir de presque toutes les substances végétales et animales. Si l'intempérie du ciel fait périr les plus faibles (et cet état de faiblesse doit être rare alors), elle endurcit et renforce de plus en plus celui qui est déjà fort. L'enfance de l'homme est plus longue que celle des autres animaux. Mais sa vie est aussi proportionnellement prolongée, et la femme a sur les femelles des bêtes l'avantage de pouvoir emporter ses petits avec elle. La terre abandonnée à son énergie donne à l'homme des alimens plus nombreux, que les campagnes les plus fatiguées par la culture. Un arpent de bois de châtaignier produit plus de fruits qu'un arpent de terre ensemencée. Avec un cœur content et le corps sain, que manque-t-il à l'homme pour être heureux? Platon a fort bien remarqué que la réflexion était un état contre nature. Tous les animaux apprivoisés dégénèrent, et l'homme plus qu'aucun autre, parcequ'il souffre plus qu'eux dans la société. Ce n'est donc qu'en s'écartant beaucoup de la nature, qu'il est devenu sociable et susceptible de moralité. Il n'est guère possible de concevoir comment il a pu se résoudre à quitter son état primitif.

Pour séparer toutes les erreurs des vérités dans ce hardi système, il faudrait entrer dans des détails plus longs que la nature de cet ouvrage ne le comporte. Mais il ne faut qu'un petit nombre d'observations pour en réfuter l'ensemble.

Si l'on mesurait la perfection de l'homme sur la

(1) V. la note 4 du *discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*.
(2) V. le même ouvrage.

Digitized by Google

force du corps, il serait vrai sans doute qu'il est dégénéré dans la société. Mais est-ce donc là ce qui constitue son excellence? En se reglant là-dessus, il serait inférieur à tous les animaux, dans quelque état que ce soit. C'est dans la société seule que se développent les plus nobles facultés de l'homme, et cela suffirait pour montrer que cet état est conforme à la nature, qui ne lui a pas donné ces facultés, pour qu'il n'en fît pas usage.

Parmi tant de catastrophes que la terre a subies, et les accidens particuliers dont tant d'individus ont été les victimes, bien des enfans abandonnés à eux-mêmes sont devenus de vrais sauvages, qui dès l'âge le plus tendre n'ont eu devant les yeux que l'exemple des bêtes.

Dans notre Europe si peuplée et si généralement policée, il y en a eu plusieurs exemples de nos jours; combien n'en doit-il pas y avoir eu de plus fréquens dans d'autres parties du monde et dans d'autres siècles? Ces événemens auront sans doute quelquefois jeté dans le même désert un mâle et une femelle (1). S'il était vrai que la vie sauvage est la plus heureuse, la plus conforme à la nature, elle aurait dû prodigieusement favoriser la multiplication des hommes.

Cependant les voyageurs ne parlent d'aucune forêt, d'aucune île, d'aucun pays au monde, où l'on ait vu un nombre de créatures humaines vivre ainsi isolées. Car c'est pousser trop loin le scepticisme que de douter si les Orang-Outangs ne sont pas des hommes. Les sauvages de l'Amérique et des autres pays vivent tous en société, connaissent des arts grossiers, ont un gouvernement quelconque; et plus un pays est peuplé, plus on peut assurer d'avance qu'il est policé, sur-tout si l'on tient compte dans ce calcul des avantages, ou des désavantages que le climat apporte à la population. Il faut donc dire que les hommes tendent naturellement à se réunir en société, ou que l'état sauvage est trop misérable, pour qu'ils puissent s'y perpétuer.

En admettant qu'un arpent de châtaigniers donne plus d'alimens qu'un arpent de terre labourée, combien la nature ne laisse-t-elle pas de montagnes steriles, de marais inondés, de forêts infécondes, contre un terrain égal couvert de châtaigniers ou d'autres plantes utiles? Qui ne sent que les intempéries du ciel, l'insalubrité de l'atmosphère, si remarquable dans les pays incultes, la faim et la férocité des autres animaux feraient périr là plupart des hommes.

Toutes les saisons, du moins dans une grande partie de la terre, ne donnent pas des fruits. Un homme ne pourrait guère en recueillir sans une prévoyance que n'admet point l'état où on le suppose, ni les conserver sans une demeure fixe, et sans avoir des compagnons, pour les garantir des insultes de tant d'animaux différens. De là naîtrait nécessairement les sociétés. Il est si peu possible qu'un homme, dans ce qu'on appelle *l'état de nature*, vecût des seuls fruits de la terre, que tous ou presque tous les sauvages qu'on a vus dans les solitudes de l'Asie ou de l'Amérique, et ceux qu'on a quelquefois trouvés dans nos forêts, vivaient ou de leur chasse ou de leur pêche.

Enfin le germe de la raison, cet attribut caractéristique de l'espèce humaine, tend du moins au développement auquel il ne peut pas atteindre dans cet état. S'il n'a pas acquis assez de force pour indiquer à l'homme les avantages moraux qu'il pourrait retirer de la société, il suffit pour lui faire pressentir les biens physiques qui en résulteraient. Sa constitution particulière semble l'y inviter de toutes parts. Le temps de l'amour n'est point limité chez les hommes. Ce sentiment si doux prolongera donc pour eux l'union momentanée qu'il produit dans tous les animaux. Les enfans vivront avec leurs parens, parcequ'ils s'affectionnent à eux par le seul effet de l'habitude et des secours utiles qu'ils trouvent dans leur expérience.—Un individu parmi les fourmis, les castors, les abeilles, peut subsister seul. Dira-t-on pour cela que ces animaux transgressent les lois de la nature, en vivant en société; tandis qu'on les y trouve réunis par-tout où plusieurs individus peuvent se rassembler.

Le genre humain a sur ces animaux l'avantage inestimable de pouvoir perpétuer d'une génération à l'autre, ses observations par l'usage des signes et de la mémoire, et de les perfectionner. Tout indique donc (ce qu'il est bien étrange qu'il faille prouver) que l'homme est naturellement fait pour la société, indépendamment de ce qu'on appelle les préjugés de l'éducation, et de cet instinct puissant qui attire les deux sexes l'un vers l'autre.

Quand on a trouvé deux sauvages dans une forêt, ils se suivaient constamment. Tout le monde a pu voir à Paris cette fille, qu'on a nommée depuis mademoiselle Le Blanc, et qui fut trouvée dans une forêt de Champagne en 1731. Elle y avait eu longtemps une compagne avec qui elle avait vécu en bonne intelligence jusqu'à une dispute qu'elles eurent l'une avec l'autre (2). On ne peut guère dire qu'elles dussent ce goût pour la société à l'habitude de vivre ensemble, qu'elles avaient contractée sans doute dans l'âge le plus tendre. Mademoiselle Le

(1) On trouva deux sauvages, en 1661, dans une forêt de Lithuanie. On prit en 1719, deux autres sauvages dans les Pyrenées. Mademoiselle Le Blanc, dont je parlerai ci-dessous, et que l'on trouva en 1731, dans une forêt près de Châlons, avait aussi une compagne.

(2) Cette dispute fut occasionnée par un chapelet qu'elles rencontrèrent dans la forêt. Mademoiselle Le Blanc avant été frappée la première par sa compagne, la blessa au front et la renversa par terre. Mais à peine vit-elle couler du sang, que la pitié prit la place de la colère: elle écorcha une grenouille dont elle mit la peau sur la plaie, qu'elle banda ensuite avec de l'écorce d'arbre qu'elle avait arrachée avec ses ongles. La blessée prit le chemin de la rivière, dont le poisson était, avec leur chasse, leur nourriture ordinaire; et elle ne reparut point depuis.

Digitized by Google

Blanc n'avait que neuf à dix ans lorsqu'on la trouva, et il fallait qu'elle eût été jetée bien jeune dans ces forêts, puisqu'elle n'avait ni langage, ni aucune idée de son origine, ni aucun des arts même les plus grossiers de la société. Les animaux sont presque toujours élevés plusieurs ensemble. Mais, dans les espèces qui ne sont pas faites pour la société, ils se séparent à un certain âge, c'est-à-dire lorsqu'ils peuvent subsister seuls. Pourquoi ne voit-on pas de tels exemples, au moins parmi les peuples sauvages, si les hommes ne sont pas faits non plus pour la société?

Cet état où l'homme devient si supérieur à tous les animaux, développe nécessairement avec sa raison le principe de ses devoirs, de ses vertus, et il faut aussi en convenir, celui de ses vices. En comparant ses idées, en découvrant ses relations avec les autres êtres, il devient capable de direction et d'imputation, parcequ'au lieu de suivre son instinct seul pour règle, il peut se déterminer d'après les rapports que son entendement lui fait connaître. Comme il est susceptible de se perfectionner, il peut aussi devenir pire, et c'est là, à parler humainement, une suite naturelle de la liberté de l'homme. Mais son aptitude à acquérir des facultés si nobles, nous autorise à conclure que son état naturel est par excellence celui où elles peuvent être mises en œuvre.

La nature de l'homme étant ainsi fixée, il sera facile de trouver les vrais fondemens du Droit, lorsqu'on aura bien déterminé le sens de ce dernier mot et de ceux qui lui sont analogues.

On appelle *Droit*, au sens propre, un trait ou une ligne qui ne flechit pas, et dont les différens points tracent le chemin le plus court pour aller d'un lieu à un autre. On entend, par le même terme au moral, les regles qui servent à déterminer nos actions et à les diriger en sorte qu'elles tendent sûrement au but qui nous est indiqué, soit par la nature de notre être, soit par Dieu, soit par les souverains humains. C'est en ce sens qu'on dit, *le Droit naturel*, *le Droit divin*, *le Droit civil*. On a déjà observé que les jurisconsultes romains qui avaient tiré leurs notions générales du Droit, de celles que les lois civiles leur avaient d'abord présentées, lui donnaient un nom moins dérivé de son objet que de la manière dont les lois leur étaient manifestées. Ils l'appelaient *Ordonnance* ou *ce qui est ordonné*, *jus*, *jussa*, *à jubendo*. Notre expression est plus fondée sur l'essence des choses que la leur.

Il en est de même du mot *Loi*. Ce terme dérive probablement de celui de *lire* (en latin *legere*) soit parcequ'on lisait publiquement les lois qu'on proposait aux citoyens assemblés, pour qu'ils y donnassent leur sanction; soit parcequ'on les exposait ensuite publiquement sur des tables de bois ou de métal, pour qu'ils pussent tous les consulter et les connaître.

Quoi qu'il en soit, on comprend sous ce nom les maximes ou règles générales suivant lesquelles s'opèrent les différens effets que des causes constantes produisent ou doivent produire dans les êtres d'un même genre, lorsqu'ils sont dans des circonstances semblables. C'est ainsi qu'on dit *lois du mouvement*, *de l'attraction des corps*, *lois de la végétation*, *lois animales*.

On appelle *juste*, au sens propre, une chose qui s'adapte à une autre chose, de manière à y correspondre exactement; et figurément tout ce qui est conforme aux règles qui nous sont proposées pour diriger notre conduite. Ainsi l'on appelle *juste* une pendule, une balance, une mesure quelconque, lorsqu'elles indiquent avec précision le temps, le poids, la quantité ou telle autre qualité des corps, de la durée ou de l'espace dont on veut avoir la proportion. On donne enfin ce nom par extension aux opérations même qui cadrent exactement avec ces règles, telles que sont celles de l'arpentage et du calcul. C'est aussi dans ce dernier sens qu'on appelle *justes*, les actions conformes aux lois naturelles ou promulguées, qui sont la mesure de la moralité des actions humaines.

Enfin le mot *obligation* vient du mot latin *ligare*, *lier*. En prenant ce terme dans le sens le plus précis, il ne signifierait rien autre chose qu'une contrainte physique. Dans la morale, on lui fait signifier de plus des motifs suffisans pour rendre juste cette contrainte, si celui envers qui l'on est obligé veut et peut l'exercer. Ainsi les lois, et les conventions qu'elles approuvent, produisent une obligation, bien qu'elles n'ôtent point toujours à ceux qui y sont soumis, le pouvoir de s'écarter des règles qu'elles leur prescrivent: il suffit pour cela qu'elles donnent à la personne envers qui l'on est obligé, de justes motifs pour contraindre, autant qu'il lui est possible, celui qui s'est obligé envers elle, à observer ces règles, si elle ne le fait pas volontairement.

Il suit de ces définitions, que tous ces mots *Droit*, *Lois*, *Juste*, *Obligation*, qui, dans le sens physique, ont une signification absolue et emportent une nécessité dont on ne peut s'écarter, présentent au moral un sens plus vague, et qu'ils signifient seulement des motifs puissans de bonheur ou de malheur, de crainte ou d'espérance, d'approbation ou de condamnation, qui n'ôtent pas neanmoins à l'agent moral la faculte de s'en écarter.

Ainsi, tandis que les lois physiques de l'étendue, du mouvement, du nombre sont irréfragables, les lois qui gouvernent des êtres moraux, peuvent être eludées par eux. Quelle en est donc la véritable base?

Pour découvrir les lois physiques, il a fallu observer l'etat des corps, la manière dont ils agissent les uns sur les autres, leur destination et les moyens que la nature emploie pour les y faire parvenir. C'est donc aussi dans la constitution des hommes, dans leur destination, dans leurs rapports mutuels, qu'on doit trouver les lois qui leur sont prescrites par la nature.

Un être qui a de la sensibilité, des besoins, des plaisirs et des peines, a Droit de faire tout ce qui tend à sa conservation et à rendre son état plus

Digitized by Google

heureux. Voilà sa première loi. Comme elle tient particulièrement à la sensibilité physique, on peut dire qu'elle est irréfragable; il est impossible de concevoir que l'homme puisse être assujetti à des lois qui seraient incompatibles avec celle-ci.

Mais, si en sa qualité d'être sensible, fini et par conséquent imparfait, il ne peut, d'après les notions que nous nous en formons, jouir d'un bonheur absolu, mais seulement avoir des plaisirs plus ou moins grands, et éviter plus ou moins de peine; si en sa qualité d'être intelligent, il peut réfléchir sur ses idées, les comparer, les discuter; si, comme il est incontestable, dès que l'on admet la liberté de l'homme, il peut choisir entre le bonheur du jour et celui du lendemain, entre les plaisirs sensuels et les plaisirs intellectuels, lorsqu'ils ne sont pas tous compatibles ensemble: il s'ensuivra que cet être sera susceptible d'une règle de conduite, et capable de déterminer son choix par des motifs divers. Comme d'ailleurs ses actions sont souvent indifférentes à son bonheur présent, tandis qu'elles intéressent d'autres êtres semblables à lui, dont il peut lui-même attendre des avantages, son entendement lui fera connaître que sa propre conduite peut influer sur la leur. En s'appercevant que les autres hommes sont intelligens et sensibles comme lui, il concevra qu'il fait mal, c'est-à-dire qu'il agit contre les lumières de son entendement, et qu'il doit s'attirer la haine de ces êtres semblables à lui, s'il entreprend de les détruire, ou de leur causer de la douleur sans nécessité. C'est là l'origine des notions que nous avons du juste et de l'injuste.

C'est donc sa raison que l'homme doit prendre pour règle de sa conduite. L'observation de ce qu'elle lui prescrit, lui est nécessaire pour conserver la bienveillance des autres hommes qui peuvent lui être utiles; pour éviter leur haine, qui lui serait si funeste; et pour jouir de la satisfaction intérieure, dont il a si grand besoin. Il sentira qu'en agissant autrement, il donne au reste des hommes et la volonté et le droit, c'est-à-dire, des motifs puissans et justes, de le détruire.

De là naît pour lui l'obligation d'agir suivant ces règles, parcequ'il trouve aussi dans sa raison ou dans la faculté qu'il a de connaître les divers rapports des choses, les mêmes motifs pour déterminer ses actions. La force de cette obligation dépend de son jugement seul.

Que si l'on insiste en disant qu'il n'y a point là une véritable obligation, mais une simple convenance qu'on est maître de négliger, si l'on veut; qu'il peut bien être utile aux autres que je fasse le bien commun; mais que si par une funeste dépravation, je trouve du plaisir à faire le mal, rien ne m'oblige à vaincre ce desir; et que l'avantage d'autrui ne peut pas faire loi pour moi.

On répondra toujours que la constitution humaine, telle qu'on vient de l'exposer, ne nous porte point invinciblement au mal; que l'avantage des particuliers est presque toujours lié au bien général; que la dépravation qui me ferait préférer la satisfaction d'un plaisir momentané, grossier et exclusif, à celui de respecter la vie, la liberté, la sensibilité et tous les droits des autres hommes, produit nécessairement en eux l'aversion, la haine et le mépris; que cette disposition est condamnée par ma raison, lors même que j'en transgresse les lois; que c'est du concours de toutes ces qualités, et particulièrement de notre propre conviction, que résultent l'obligation morale et la loi naturelle; que l'une et l'autre sont fondées sur l'essence des choses, laquelle doit faire réputer *méchant*, c'est-à-dire, *pernicieux volontairement et sans nécessité*, quiconque ne respecte pas ses propres droits dans autrui.

Ce n'est pas là un lien physique: ce n'est en effet qu'une simple convenance. Mais exiger qu'on donne aux lois naturelles d'autres fondemens que les rapports connus par notre raison et des convenances incontestables, chercher une autre espèce *d'obligation* morale, c'est ou n'avoir que l'idée confuse d'un mot auquel on n'attache aucun sens, ou demander que nos actions soient assujetties à une contrainte physique, qui détruirait la liberté du choix dans l'agent, et par conséquent l'imputabilité et la moralité de ses actions.

En prenant donc pour règle les rapports naturels ou les convenances que l'entendement nous fait appercevoir, on trouvera que la raison ultérieure des crimes et de l'injustice, réside dans les maux qu'ils produisent avec connaissance de cause, et sans nécessité. Supposez l'homme impassible, sans intelligence, on sans liberté, et jamais il ne vous sera possible de trouver de la différence entre le juste et l'injuste. C'est la sensibilité des autres hommes, et les égards que nous sommes en droit d'attendre d'eux, en qualité d'êtres intelligens et libres, l'intelligence et la liberté dont nous jouissons nous-mêmes, qui nous dictent tous les articles du Droit naturel.

J'avoue que, lorsque la sensibilité d'autrui, et la nôtre même se trouvent en concurrence égale, il nous est permis de nous préférer, et qu'il nous est, pour ainsi dire, impossible de ne pas le faire. Aussi n'y a-t-il aucune législation sur la terre qui punisse le meurtre commis à son corps défendant, quand même l'agresseur ne serait point moralement coupable, lors, par exemple, qu'il est agité par des mouvemens phrénétiques. Il est encore vrai que, lorsque nos actions ou leur omission peuvent rapporter un égal avantage à nous ou à d'autres, il est conforme à la nature, que chacun préfère son intérêt personnel. Ce n'est que par les conventions sociales qu'on a établi d'autres règles, en décidant, par exemple, que celui qui n'aurait pour subsister que la ressource d'un travail fatigant, serait obligé de respecter la propriété de son voisin, qui a cent fois plus de revenu qu'il ne lui en faut pour vivre. Mais ces lois, quoique conventionnelles, portent au fond sur le même principe; puisque la plus grande sûreté que la société donne à l'artisan, de jouir tranquillement de sa liberté,

Digitized by Google

et du fruit médiocre de son travail, les moyens probables qu'elle lui fournit de parvenir à une certaine aisance, lui rendent, en effet, beaucoup plus avantageux l'état social, que le prétendu état de nature où les passions des autres hommes seraient les moindres ennemis qu'il aurait à redouter. Toute société où les plus misérables ne jouissent pas de cet avantage, est, par cela même, contre l'éternelle loi de la nature; elle exige une réformation sans délai.

Voilà tout ce qu'on peut accorder à Hobbes et à tous ceux qui ne reconnaissent d'autre fondement du Droit, que l'intérêt exclusif, et qui supposent que toutes les lois dérivent des conventions.

J'avoue encore que de l'application rapide et, pour ainsi dire, immédiate, que la raison la moins cultivée fait de notre propre sensibilité, de nos besoins, de nos désirs, de nos droits et de toutes nos facultés, à celles des autres hommes, il naît un sentiment très vif, qui nous révolte contre les actes d'injustice et de cruauté, et qui nous fait chérir les auteurs des actions de justice et de bienfaisance; que ce sentiment agit avec une force presque irrésistible, lors, sur-tout, que ces actions frappent immédiatement nos sens, ou leur sont fidèlement représentées par la poésie, l'éloquence ou les autres arts qui, à l'aide de l'imagination, nous causent, pour ainsi dire, les mêmes sensations.

Rien n'empêche qu'on n'appelle, si l'on veut, cette faculté *sens moral*. Mais elle dérive elle-même de la raison, en ce qu'elle a de plus que les passions. Comme on peut la confondre aisément avec elles de la manière la plus dangereuse, que son activité varie beaucoup dans les différens individus, qu'il ne dépend pas de nous de la diriger et de l'exalter ainsi que nous le voudrions, et qu'elle peut être facilement altérée par des préjugés faux, que la raison qui discute tout froidement peut seule nous faire surmonter, c'est cette raison, et non le sens moral, qui nous donne les vrais principes du Droit.

J'avoue enfin, que la connaissance des vues de l'Etre-suprême, et de son pouvoir sur nous, doit ajouter beaucoup de force à l'obligation d'être justes, que nous impose la raison naturelle. Dans ces momens d'abattement qui suivent l'apparente prospérité des méchans, les maux physiques auxquels la pratique de la justice peut nous assujettir, les fausses interprétations qu'on peut donner à nos meilleures actions, les combats que des passions furieuses livrent quelquefois à l'homme de bien, qui ne s'écarte pas de la route de la justice, mêleraient trop d'amertume à sa vie, si l'idée consolante d'une Providence dont les vues sont toujours équitables et sages, ne le soutenait.

Mais ni la volonté de Dieu, ni son autorité sur nous ne peuvent être la base primitive de nos obligations, puisqu'en supposant, comme il est incontestable, que la volonté divine a toujours des motifs sages et justes dans tout ce qu'elle nous prescrit, ces motifs de sagesse et de justice sont la cause primitive de l'obligation où nous sommes de nous y conformer. J'ajouterai une dernière considération plus décisive peut-être encore; c'est que la volonté divine dans l'état naturel, ne nous est point manifestée immédiatement, mais seulement par les rapports que la raison nous fait découvrir dans les choses.

D'après cela, on peut rassembler sous un petit nombre de propositions nos Droits et nos devoirs naturels. L'homme est un être *sensible* et *intelligent*, qui désire le bien et fuit le mal dont il connaît les causes les plus ordinaires. Ses actions, et les plaisirs même auxquels il se livre, peuvent produire l'un et l'autre. Il doit donc être *tempérant*, et je comprends généralement, sous ce mot, tout ce qui tend à le rendre le véritable maître de ses passions. C'est là principalement le but de la philosophie morale; mais la connaissance de nos devoirs envers les autres hommes et envers Dieu, ajoute un nouveau poids à cette obligation, puisque nous sommes incapables, sans cela, de nous comporter, comme nous le devons, dans la société, et de tendre à la fin pour laquelle Dieu nous a placés sur la terre.

La raison fait appercevoir à l'homme des rapports de sensibilité, d'intelligence et de liberté entre les autres hommes et lui. Avec une constitution semblable, il a droit d'attendre et d'exiger d'eux qu'ils respectent sa vie et toutes les facultés qu'il a reçues de la nature. Voilà le fondement de la justice. Elle consiste à régler nos actions envers les autres, comme on peut exiger qu'ils les règlent envers nous.

Cette partie de nos obligations appartient plus particulièrement au Droit naturel. On en déduit facilement les devoirs d'homme à homme, ceux des époux, des pères, des enfans, ceux des citoyens en général, de chaque profession en particulier, et l'obligation où nous sommes d'accomplir les engagemens que nous avons contractés par les conventions, c'est-à-dire, toutes les règles de la jurisprudence, même positive.

Enfin, il est impossible de considérer les traits de sagesse, de grandeur et de bienfaisance semés avec tant de profusion dans toutes les parties de l'univers, et dans la constitution de l'homme en particulier, sans reconnaître l'existence d'un premier être qui possède éminemment toutes les sortes d'excellences. Cette connaissance doit produire en nous des mouvemens d'admiration, de reconnaissance et d'amour envers cette source de tout bien, et nous faire remplir avec une nouvelle ardeur notre destination sur la terre. Quoique cette partie de nos devoirs appartienne plus particulièrement à la religion, c'est aussi une branche du Droit naturel et de la justice.

Si maintenant on demande quelle est la sanction du Droit naturel, on peut répondre qu'il y en a de trois sortes.

La première et la plus faible de toutes est l'opi-

Digitized by Google

nion des hommes. Lorsqu'ils ne sont point séduits par des vues d'intérêt, par des préjugés absurdes, ou par la fausse apparence des choses, ils font justice à qui elle est due. Ils méprisent, au fond du cœur, l'homme dur et corrompu, malgre les richesses et le pouvoir qui l'environnent, en respectant les vertus du sage qui, sans fortune et sans autorité, ne peut leur faire du bien que par son exemple et par ses leçons.

Mais mille causes peuvent altérer ces sentimens, ou en arrêter le témoignage : alors l'homme juste, qui n'a pas, ou qui ne croit pas avoir l'estime des autres hommes pour prix des persécutions que son attachement à la justice et son respect pour les Droits d'autrui peuvent lui faire essuyer, trouve dans sa conscience, c'est-à-dire, dans l'approbation de sa raison, un dédommagement précieux. S'il n'a jamais négligé de la prendre pour règle, il éprouvera, comme le dit Pope, *que les transports du vice ont moins de douceur que les larmes de la vertu* (1). Il sera peu tenté de la sacrifier aux richesses et aux faux plaisirs du monde, qui ne distraient qu'imparfaitement ceux qui les obtiennent par le mépris des lois naturelles, du spectacle de leurs propres crimes.

Cela suffit sans doute pour rendre la justice préférable à l'injustice, dût-elle être couverte d'opprobres, en voyant sa rivale triompher de tout l'univers. Mais les choses ne seraient point encore telles qu'elles doivent être. L'injustice ne paraîtrait point assez punie, et la justice n'obtiendrait qu'une partie des récompenses que l'homme de bien lui donnerait, s'il en avait la dispensation. En rapprochant le sort de l'une et de l'autre, on pourrait douter si la raison même ne nous abuse pas; ou du moins l'homme juste serait trop souvent tenté de briser les liens qui le retiennent à un système si mal ordonné.

C'est alors que sa raison lui fait voir qu'il est impossible, d'après l'excellence de l'être infini qui se manifeste par tant d'autres marques, qu'il n'y ait pas au-delà de cette vie, un état de récompenses et de peines où la Providence daignera se justifier elle-même à nos yeux, de la manière la plus éclatante et la moins équivoque.

Quels seront les caractères de cet état, c'est ce que la raison seule ne peut nous apprendre; elle ne nous enseigne point non plus sûrement s'il sera d'éternelle durée. Mais elle nous le fait présumer par beaucoup de probabilités, que l'homme juste embrasse facilement. Cet état futur de récompenses et de peines, ne fût-il que probable, suffirait pour encourager l'homme de bien, et verser une cruelle amertume sur les jouissances des hommes coupables et déréglés, que l'art de cacher leurs crimes, leur élévation au-dessus des autres, ou la mauvaise administration de quelques gouvernemens peuvent exempter, durant leur vie, des peines qu'ils devraient y subir.

V. *L'Essai sur l'histoire du Droit naturel*, par Hubner; *Brukeri historia critica philosophiæ*; les œuvres morales de Plutarque; le traité de la république, ou du juste, de Platon, et l'extrait qu'en a donné l'abbé de Fleury, à la tête du *Droit public de la France*; les traités *des offices* et *des lois* de Cicéron; le traité *de la cité de Dieu*, par Saint-Augustin; *Th. Mori Utopia, sive de optimo reipublicæ statu*; *Fr. Baconis fragmenta de novâ Atlantide, et exemplum tractatûs de justitiâ universali, sivè de fontibus juris, in libro octavo de augmentis scientiarum*; la *république* de Jean Bodin; les traités *du Droit de la guerre et de la paix*, par Grotius; *des lois naturelles*, par Cumberland; *du Droit de la nature et des gens*, et *des devoirs de l'homme et du citoyen*, par Pufendorff, avec les notes de Barbeyrac; les œuvres de Hobbes; le *traité du gouvernement civil*, par Locke; le *traité des lois*, par Domat; le *traité de la religion naturelle*, par Clarke; *an inquiry upon merit, or virtue by the earl of Shaftesbury*; le *système de philosophie morale*, et *les recherches sur l'origine des idées que nous avons de la beauté et de la vertu*, par Hutchéson; *the fifth Book of doctor Warburton's divine legation of Moses*; l'*essai d'une institution au Droit public*, dans les œuvres de M. d'Agueseau; les *principes du Droit naturel*, par Burlamaqui; les §. 7, 8, 9, 10, 11 et 12, des *essais sur les élémens de philosophie*, par M. d'Alembert; le premier livre de l'*esprit des lois*, etc. (*M. Germain de Coulon.*) *

DROITS RÉGALIENS. *V. Bar, Domaine public et Souveraineté.*

[[DROITS RÉUNIS. Ce sont des Droits de différentes espèces dont la perception est réunie sous une seule et même régie, et qui porte le titre de *Régie des Droits réunis*.

I. Les lois des 5 ventose an 12 et 20 avril 1806 comprennent sous cette dénomination, les impôts sur le tabac, sur les boissons, sur les cartes, sur les voitures, sur le sel, et le Droit de garantie des matières d'or et d'argent.

Suivant l'art. 88 de la première de ces lois, les contestations qui s'élèvent sur le fond des Droits réunis, doivent être portées devant les tribunaux de première instance, et jugées dans la chambre du conseil, avec les seules formalités prescrites pour le jugement des contraventions qui s'élèvent en matière de Droits perçus par la régie de l'enregistrement.

Mais l'art. 90 veut que les contraventions qui entraînent la confiscation ou l'amende, soient poursuivies devant les tribunaux correctionnels. V. cependant *Incompétence*, n. 2, et *Contravention*.

II. Il est à remarquer qu'en matière de Droits réunis, le délai pour l'appel des jugemens, même contradictoires, des jugemens des tribunaux correctionnels, ne court pas, comme dans les autres affaires, du jour de la prononciation de ces juge-

(1) Essai sur l'homme, Epitre 1.

Digitized by Google

mens, mais seulement de celui de leur signification. — « L'appel (porte l'art. 32 du décret impérial du 1er germinal an 13), devra être notifié dans la huitaine de la signification du jugement: après ce delai, il ne sera point recevable, et le jugement sera exécuté purement et simplement. La déclaration d'appel contiendra assignation à trois jours, devant le tribunal criminel du ressort de celui qui aura rendu le jugement; le délai de trois jours sera proposé d'un jour par chaque deux myriamètres de distance du domicile du défendeur au chef-lieu du tribunal ».

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 30 mai 1806, qui reprime une contravention à ce règlement: — « Ouï le rapport de M. Audier-Massillon, et M. Daniels pour le procureur général impérial: vu l'art. 32 du décret impérial du 1er germinal an 13; Attendu que le décret impérial ci-dessus rapporté, en réglant la forme et les délais qui doivent être observés pour les appels des jugemens des tribunaux correctionnels en matière de Droits réunis, a dérogé, quant à ce, et pour cette matière seulement, aux art. 194 et 195 du Code des délits et des peines; d'où il suit que l'arrêt de la cour de justice criminelle du département des Forêts, qui a déclaré la régie des Droits réunis non recevable dans l'appel qu'elle a émis et notifié dans la forme portée par ce décret, sur le seul motif qu'on n'y a observé ce qui est prescrit par ledit art. 195, a fait une fausse application de cet art. 195, et a violé le susdit décret impérial; par ces motifs, la cour casse et annulle.... »

III. L'art. 30 du décret impérial du 1er germinal an 13 porte que « la prescription est acquise à la régie contre toutes demandes en restitution de Droits et marchandises, paiement d'appointemens, après un délai révolu de deux années; (et qu') elle est acquise aux redevables contre la régie, pour les Droits que ses préposés n'auraient pas réclames dans l'espace d'un an, *à compter de l'époque où ils étaient exigibles* ».

Il s'est élevé sur le sens et l'effet de ces derniers termes, une contestation assez remarquable. — Le 13 frimaire an 13, les préposés de la régie des Droits réunis saisissent sur Pierre-Antoine Van-Caserle, fabricant de tabac à Grammont, 400 kilogrammes de tabac en feuilles, qui étaient cachés dans son logement, et qu'il n'avait pas compris dans ses déclarations. Le 18 mars 1806, ils le font citer devant le tribunal correctionnel d'Audenarde, pour faire prononcer la confiscation et l'amende portées par la loi du 5 ventose an 12. — Par jugement du 12 avril suivant, le tribunal d'Audenarde rejette la demande de la régie, par le seul motif que van-Caserle avait denié que les tabacs saisis lui appartinssent, et que la régie n'avait pas prouvé le contraire. — Sur l'appel de ce jugement, Van-Caserle se prévaut de la prescription établie par l'art. 30 du décret du 1er germinal an 13, et soutient que, d'après le décret, l'action de la régie est prescrite, puisqu'il s'est écoulé plus d'un an depuis le procès-verbal de la saisie, jusqu'à la citation devant le tribunal correctionnel; et la cour de justice criminelle du département de l'Escaut le juge ainsi. — Mais, sur le recours en cassation de la régie, arrêt du 6 septembre 1806, au rapport de M. Audier-Massillon, par lequel, — « Vu l'art. 30 du décret impérial du 1er germinal an 13, et l'art. 456 du Code des délits et des peines, §. 6; attendu que la prescription établie par l'art. 30 du décret impérial du 1er germinal an 13, ne peut s'appliquer qu'à des *Droits exigibles*, et pour lesquels la régie aurait pu exercer des contraintes dans la forme portée dans le chap. 9 du susdit décret, et non à des confiscations et à des amendes qui ne sont exigibles qu'après qu'elles ont été prononcées par des jugemens; — Attendu qu'en supposant que cette prescription eût pu être appliquée à l'action de la régie, tendante à confiscation et à amende, elle n'aurait pu commencer à courir que du jour où le décret qui a établi cette prescription, est parvenue dans le département de l'Escaut (*V. Bulletin des lois*); et qu'il ne s'est pas écoulé un an depuis la date de ce décret, jusqu'au 18 mars 1806, jour auquel la régie a fait citer Van-Caserle devant le tribunal de police correctionnelle: — D'où il suit que la cour criminelle du département de l'Escaut a fait une fausse application de l'art. 30 ci-dessus rapporté, en s'autorisant de cet article pour déclarer que l'action de la régie était prescrite; et, par suite, qu'en anéantissant la demande et l'action de la régie, sans motif légitime, ladite cour a commis un excès de pouvoir: par ces motifs, la cour casse et annulle.... »

IV. La loi du 5 ventose an 12 porte, art. 78, que la régie des Droits réunis sera composée d'un directeur général, et du nombre d'administrateurs et d'employés qui sera déterminé par le gouvernement dans un règlement d'administration publique.

Voyez les autres dispositions de la même loi; l'arrêté du gouvernement du 5 germinal an 12, concernant l'organisation de cette régie; l'art. 44 de la loi du 2 ventose an 13; le décret impérial du 1er germinal suivant, concernant les Droits réunis et la manière de procéder sur les contraventions; celui du 15 messidor de la même année, sur l'organisation des finances dans les départemens transalpins; et celui du 2 thermidor suivant, sur l'organisation administrative des ci-devants états de Parme et Plaisance.

Voyez aussi *Commis, Contrainte, Amende, Procès-verbal, Déclaration aux bureaux des Droits réunis, Directeurs généraux, Marque et Contrôle, Sel, Tabac, Inscription de faux*, §. 6 et 7, etc.]]

DROITS RÉVERSIBLES. V. *Réversibilité*.]]

DROITS SEIGNEURIAUX. On donne cette dénomination aux Droits, privilèges, prééminences et prérogatives qui appartiennent aux seigneuries.

[[Ces Droits sont abolis. *V. Cens, Champart, Directe, Fief, Rente seigneuriale, Vigne*, etc.]]

* DROITS SUCCESSIFS. Ce sont ceux qu'on a recueillis à titre de succession.

Digitized by Google

Quoiqu'il soit assez ordinaire de confondre les Droits successifs avec le Droit de succeder qu'on appelle aussi *Droit successif*, il y a neanmoins cette différence que le Droit de succéder est le Droit de recueillir tous les meubles et immeubles, les noms, Droits, raisons, actions et prétentions qui composent une succession ; et que les *Droits successifs* sont ceux qui sont attachés à ce Droit de succéder, c'est-à-dire, à cette même succession : mais, comme cette distinction est peu importante, pour ne point nous écarter des idées reçues par les auteurs qui ont traité de cette matière sans s'attacher essentiellement à cette même distinction, nous entendrons par *succession*, par *Droits successifs* et par *Droit de succéder*, souvent la même chose.

I. Quand une succession est échue, il est certain que celui à qui elle est acquise, peut en disposer en tout ou en partie avec la même liberté qu'il peut disposer de ses autres biens.

Nous disons *quand elle est échue ;* parcequ'on regarde comme contraire aux bonnes mœurs de disposer, par anticipation, de l'hérédité d'une personne vivante. — [[*V. Renonciation à une succession future, Succession future* (*pacte sur une*), et *Institution contractuelle.*]]

II. Quand on vend une succession en général et sans réserve, cette vente renferme tous les Droits successifs qui la composent, en quelque lieu qu'ils soient situés.

Si un homme vendait la succession qui lui est échue par le décès d'un tel, sans expliquer qu'il ne comprend dans cette vente que la portion qui lui en revient, et qu'il se trouvât des cohéritiers, l'acquéreur serait-il fondé à réclamer contre cette vente sous prétexte qu'il a cru acquérir la succession dans sa totalité ?

Cette question est du nombre de celles qui se décident par les circonstances ; s'il est evident que l'acquéreur savait que le vendeur avait des cohéritiers, il aurait mauvaise grace de prétendre qu'il croyait acquérir d'un seul toute la succession. D'ailleurs, le prix de la vente servirait beaucoup à faire connaître si cette vente était de la totalité de la succession, ou simplement de la portion qui en revenait au vendeur.

Il y a une grande différence entre la vente d'un Droit à une succession, et la vente de Droits successifs. Lorsqu'on vend simplement un Droit à une succession, on ne vend que ses prétentions à l'hérédité ; de sorte que si, par événement, il est jugé que le vendeur n'avait rien à prétendre, l'acquéreur qui a pris cet événement sur son compte, n'aura aucun recours à exercer contre lui, pas même pour la restitution du prix qu'il aura payé : il faut pourtant supposer que le vendeur croyait avoir au moins une apparence de Droit à la succession, et que l'acquéreur savait parfaitement qu'il n'achetait qu'une espérance ou qu'un procès. C'est pourquoi les notaires, en recevant des conventions sur cette matière, doivent bien faire entendre aux parties toutes les suites qu'elles peuvent avoir.

Lorsqu'au contraire la vente est nommément des Droits successifs de l'hérédité, le vendeur est de plein droit, garant que cette hérédité lui appartient, à moins qu'il ne s'en soit autrement expliqué. Mais il n'est point garant de la moindre ou plus grande étendue de ces Droits : il est censé ne vendre que ce qui se trouve ou peut se trouver dans la succession ; de sorte que, s'il ne s'y trouve rien, ou presque rien, la vente n'en demeure pas moins ce qu'elle était. [[C'est ce qu'établissent les lois du Digeste, titre *de hereditate vel actione venditâ ;* et l'art. 1696 du Code Napoléon.]]

III. Comme il est peu de successions qui ne soient chargées de quelques dettes, et qu'il n'est pas ordinaire qu'en vendant des Droits successifs, on entende se charger du paiement de ces dettes, puisque c'est souvent afin de s'en débarrasser qu'on se défait d'une succession, il est de droit que l'acquereur demeure chargé de tout le passif de cette succession, quand même il n'en serait pas fait mention dans l'acte. [[*V. Enregistrement* (Droits d'), §. 30]]. — Rien n'empêche néanmoins que les créanciers ne s'adressent au vendeur en sa qualité d'héritier, sauf le recours de celui-ci contre l'acquéreur qui doit le garantir de leurs poursuites.

Lorsque la vente est de tous les Droits successifs en général, le vendeur est-il obligé de faire raison de tout ce qu'il a touché de la succession depuis qu'elle a été ouverte, jusqu'au jour de la vente ? Est-il obligé aussi de payer ce qu'il pouvait devoir au défunt lors de l'ouverture de cette succession ?

La raison de douter vient sur la première partie de cette question, de ce qu'il n'est pas à présumer que le vendeur ait voulu donner de titre contre lui-même pour la restitution de ce qu'il pourrait légitimement retenir ; et, sur la seconde, de ce que la qualité d'héritier a effacé en lui la qualité de débiteur au moment de l'ouverture de la succession. Néanmoins, il est bien formellement décidé par la loi 2, §. 1, D. *de hereditate vel actione venditâ*, que le vendeur est obligé de livrer à l'acquéreur toutes les choses qu'il a provenant de la succession, et tout ce qui a pu en provenir depuis, y compris les fruits civils ou naturels de celles qui en ont produit. Pothier, dans son *Traité du contrat de vente*, part. 6, chap. 3, adopte cette décision, et elle nous paraît dans les principes ; sans cela, on ne pourrait pas dire que tous les Droits successifs ont été vendus. D'ailleurs c'était au vendeur à faire une réserve : il était en son pouvoir de faire la loi et de s'expliquer ; faute par lui de l'avoir faite, on doit croire que l'acquéreur a pensé de bonne foi que les choses seraient entières et dans toute leur étendue. A l'égard de la qualité de débiteur, effacée par celle d'héritier, il suffit de répondre que le vendeur, s'étant dépouillé des avantages de l'hérédité, s'est remis au même état où il aurait été s'il ne l'eût point recueillie.

Il résulte de cette décision que le vendeur doit faire raison à l'acquéreur de tous les objets dont il avait déjà disposé, ainsi que de tout ce qu'il a retiré

Digitized by Google

de la succession, soit qu'il l'ait lui-même consommé, ou qu'il l'ait vendu ou donné.

Quant aux choses qui sont péries depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la vente, cette perte tombe sur l'acquéreur, parceque le vendeur, qui n'en était responsable envers personne, n'était point obligé d'en garantir l'existence : il en serait différemment des dégradations qui proviendraient de son fait.

Si le vendeur, avant l'aliénation de ses Droits successifs, avait accepté la succession d'un des débiteurs de celui dont il a vendu l'hérédité, il n'en serait pas moins obligé de faire raison à l'acquéreur de la créance dont ce débiteur était tenu, quand même la succession de ce débiteur aurait été imprudemment acceptée, parceque toute succession acceptée est réputée solvable.

En un mot, l'héritier doit faire raison à son cessionnaire, de tout ce qui est provenu de la succession ou à cause de la succession, à moins que, dans l'acte, il n'y ait des réserves à ce sujet. Il y a plus : c'est que si, lors de la vente ou cession, l'héritier se réserve un héritage sans se réserver en même temps les fruits qu'il en a perçus jusqu'alors, il doit faire raison à son acquéreur de ces mêmes fruits, suivant la décision de la loi 25, D. *de hereditate vel actione venditâ*, adoptée par Pothier; et cela, parceque ces fruits ayant acquis un être distinctif du fonds duquel ils ont été séparés, ils ne peuvent être censés renfermés dans la réserve seule de l'héritage excepté.

[[Tout cela est réglé de même par les art. 1696 et 1697 du Code Napoléon :

« Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier.

» S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente ».]]

IV. Observez que, quoique l'héritier ne soit pas garant de l'insolvabilité des débiteurs des Droits successifs aliénés, ni des contestations que l'acquéreur pourra essuyer à l'occasion de ces mêmes Droits, il est néanmoins toujours obligé de remettre entre les mains de cet acquéreur tous les titres, papiers, effets et renseignemens qu'il peut avoir concernant la succession : cette remise est de droit, et il ne peut retenir que ce qu'il s'est expressément réservé.

V. Du principe que nous venons d'établir, que l'héritier doit faire raison à l'acquéreur de tout ce qui dépend de la succession, il résulte aussi que cet acquéreur, qui demeure chargé de toutes les dettes de cette succession, doit faire aussi raison, de son côté, à l'héritier de tout ce qui peut être dû à ce dernier sur cette même succession : ainsi il doit, par exemple, le rembourser de ce qu'il a payé pour les frais funéraires [[loi 2, §. 17, D. *de hereditate vel actione venditâ*]], de ce qu'il a payé aux créanciers de la succession, aux légataires pour les Droits de mutation [[loi 2, §. 16, D. *eod. tit.*]], pour les réparations, etc. Il doit aussi, suivant le même principe, lui faire raison des créances qu'il avait sur la succession, soit de son chef, soit comme étant devenu héritier ou cessionnaire des Droits d'un des créanciers du défunt [[loi 2, §. 18, D. *eod. tit.*]]; en un mot, tout comme l'héritier doit compter à l'acquéreur de tout ce qui appartenait à la succession, de même aussi ce dernier doit compter à l'héritier de ce que celui-ci serait en droit de demander au défunt, s'il était encore vivant : car, comme il ne doit rien retenir, il ne doit rien perdre non plus, à raison de cette succession. — [[*Code Napoléon, art.* 1698.]]

Observez en même temps que si l'héritier, avant la cession de ses Droits, avait été condamné à satisfaire, quoiqu'injustement, à la demande d'un créancier de la succession, l'acquéreur n'en serait pas moins obligé de le rembourser, parcequ'ayant été condamné, il n'a pu se dispenser de payer [[c'est ce que décide la loi 2, §. 7, D. *de hereditate vel actione venditâ*]]; — Decision admissible, lorsque la condamnation est survenue avant le contrat de cession : car si le cedant n'avait été assigné que depuis, il aurait dû mettre le cessionnaire en cause.

VI. Une question intéressante est celle de savoir si, depuis la cession qu'a faite un héritier pour partie de ses Droits successifs, son cohéritier venant à renoncer, la part de celui-ci accroît, pour le profit comme pour les charges, au cédant ou au cessionnaire.

La raison de douter se tire, 1°. de ce que la chose accroissant à la chose, elle doit accroître à l'acquereur qui a déjà une portion de la chose; 2°. de ce que tout ce qui dépend d'un Droit successif, doit accroître à ce Droit successif; 3°. de ce que la portion du colégataire qui renonce, accroît à la portion de celui qui a accepté plutôt qu'à sa personne. Ces raisons ont entraîné le suffrage de Barthole, de Duareu et de quelques autres docteurs. — Mais Cujas et d'autres jurisconsultes, dont l'opinion nous paraît préferable, pensent différemment. On ne fait aucun tort au cessionnaire de le borner au titre de sa cession, et l'on en ferait un à l'héritier de lui refuser de prendre la place de son cohéritier renonçant, parceque ce Droit lui est acquis; car, quoiqu'il ait cédé sa portion, il n'en demeure pas moins cohéritier, puisque, s'il ne l'avait point été, il n'aurait pu céder. Or, la portion du renonçant devant accroître à un cohéritier ou à un étranger, il est plus naturel qu'elle accroisse au premier qu'au dernier, parcequ'en fait d'hérédité, c'est plutôt à celui qui est habile à la recueillir, qu'à tout autre qu'elle doit profiter. Au surplus, il est une maxime décisive, qui est que dans un acte on ne suppose pas ce qui ne se presume point être venu dans l'idée aux parties : or, comme il n'y avait point encore de renonciation, ce serait mal-à-propos qu'on supposerait que les parties l'ont prévue. dès qu'elles ne s'en sont pas expliquées; explication néanmoins qui aurait dû partir du cessionnaire, parcequ'elle pou-

Digitized by Google

vait l'intéresser. D'ailleurs, aurait-il été permis de traiter par anticipation d'un Droit qui ne pouvait appartenir au cédant qu'après la renonciation? Joignez à cela que les docteurs qui sont d'un avis contraire, sous prétexte que la chose doit accroître à la chose, se trompent ici ouvertement; car, en supposant cette maxime vraie et absolue dans tous les sens, elle aurait son effet dans le cas dont il s'agit, parceque la renonciation accroissant à l'héritier, elle accroîtrait toujours à la chose, c'est-à-dire au prix de la cession, lequel est représentatif de l'hérédité cédée. — Au surplus, *V.* La Peyrère, lettre A, et Ricard, part. 3, chap. 3, sect. 4, n°. 513. Le suffrage de ces auteurs a été indiscrètement invoqué par Denizart dans sa *Collection de jurisprudence*.

VII. Une autre question plus intéressante, parcequ'elle se présente plus journellement, c'est de savoir si, dans les conventions concernant des Droits successifs, la lésion peut donner lieu à une restitution.

« On n'admet guère (dit Pothier en son *Traité des obligations*), la restitution pour cause de lésion, dans les contrats où le prix de la chose qui en fait l'objet, étant très incertain, il est difficile ou presqu'impossible de déterminer quel en est le juste prix, et de juger, par conséquent, s'il y a lésion au-delà de la moitié du juste prix. Tel est le contrat de vente *des Droits successifs*: car l'incertitude des dettes qui peuvent survenir, rend très incertain le prix des Droits successifs ».

Cela est incontestable, lorsque les choses se sont passées sans dol ni fraude, et que la vente a été faite à un étranger. — [[*V.* Brodeau, sur Loüet, lettre H, §. 8; et Legrand sur la coutume de Troyes, art. 57, gl. 2, n. 5.]] — Mais, entre copartageans, et surtout entre coheritiers, il y a des difficultés, parceque tout premier acte entre copartageans est réputé partage, quoiqu'un vrai, autre chose soit de partager réellement les biens et les charges d'une succession, et autre chose soit de se débarrasser des événemens, en préférant une somme claire et liquide. On peut voir, à ce sujet, le *Traité des successions* de Lebrun, liv. 4, chap. 1, n. 52, et les observations de Denizart, à l'art. *Droits successifs*.

[[L'art. 889 du Code Napoléon porte que « l'action en rescision n'est pas admise contre une vente de Droits successifs faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux ».

Et de cette disposition il paraît, au premier abord, résulter par argument *à contrario sensu*, que, si la vente est faite à un étranger, l'action en rescision peut être admise.

Mais, dans l'interprétation des lois, l'argument *à contrario sensu* n'est pas toujours concluant; et il ne l'est sur-tout pas lorsqu'on le fait sortir d'une disposition dans laquelle le législateur s'occupe d'objets qui n'ont rien de commun avec celui de la conséquence à laquelle on arriverait par cette manière de raisonner.

Or, dans la *section* dont l'art. 889 fait partie, de quoi le législateur s'occupe-t-il? D'une seule chose: *de la rescision en matière de partage*. Et quel est son but dans cet article? Il n'en a point d'autre que de trancher la question très controversée entre les auteurs et diversement jugée par les arrêts, si l'on doit appliquer à la vente de Droits successifs faite à l'un des coheritiers, le principe que tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision entre coheritiers, est reputé partage, et, comme tel, rescisible pour cause de lésion. Ainsi, il n'entre pas dans son plan de decider, même indirectement, par cet article, si l'on peut rescinder pour cause de lésion une vente de Droits successifs faite à un étranger. Cette question est absolument étrangère à son objet actuel; elle appartient au titre *de la vente* et à la section *de la rescision de la vente pour cause de lésion*. Eh bien! dans ce titre, dans cette section, pas un mot sur la lesion qui peut intervenir dans une vente des Droits successifs faite à tout autre qu'à un coheritier. Une pareille vente n'est donc pas plus rescisible aujourd'hui pour cause de lesion, qu'elle ne l'était sous l'ancien droit.

Remarquez, au surplus, qu'entre cohéritiers la vente n'est à l'abri de la rescision pour cause de lésion, que dans le cas où l'acquéreur a expressement tout pris à *ses risques et périls*. Cela résulte clairement de l'art. 889, qui n'affranchit de la rescision que la vente faite, non seulement à *l'un des cohéritiers*, mais aussi à *ses risques et périls*; et plus clairement encore de l'art. 888, qui soumet à la rescision pour lésion de plus du quart, la *vente qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers*, c'est-à-dire, la vente pure et simple que l'un des héritiers fait à son coheritier de ses droits successifs.

Lorsque sous prétexte de lésion ou pour cause de dol, un vendeur de Droits successifs réclame contre la vente qu'il a faite à un étranger, devant quel juge l'action doit-elle être portée? Est-ce devant celui de l'ouverture de la succession, ou devant celui du domicile du cessionnaire?

Le 10 floréal an 12, le sieur Devalle, seul héritier paternel de son epouse décédée le 30 pluviose precédent à Froré, arrondissement de Nogent-le-Rotrou, vend ses Droits successifs au sieur Guéry, domicilié dans l'arrondissement de Montargis. — Le 28 fructidor suivant, le sieur Guéry forme, devant le tribunal civil de Nogent-le-Rotrou, une demande en partage de la succession. — Le sieur Cochin, l'un des héritiers maternels, usant du retrait successoral dont il sera parlé ci-après, n°. 8, offre au sieur Guéry, pour l'écarter du partage, le remboursement du prix de la cession; le somme de le subroger à ses droits; et, sur son refus, le fait assigner devant le tribunal déjà saisi de la demande en partage. — Les deux demandes sont jointes; et, le 2 germinal an 13, jugement intervient, qui declare valables les offres du sieur Cochin. — Pendant que le sieur Cochin et le sieur Guéry plaident ainsi devant le tribunal de Nogent-le-Rotrou, une autre contestation s'engage devant celui de Montargis. Le sieur Devalle y fait assigner le sieur Guéry, en res-

Digitized by Google

cision de la vente du 10 floréal an 12, pour cause de lésion.— Le sieur Guery appelle le sieur Cochin en déclaration du jugement commun. — Le sieur Cochin décline le tribunal de Montargis, quoique juge domiciliaire du défendeur originaire, et se fonde sur l'art. 822 du Code Napoléon, qui attribue au juge de l'ouverture de la succession, la connaissance de *toutes contestations entre les cohéritiers, ou autres parties intéressées, jusqu'au partage.* — Le 20 ventose an 13, le tribunal de Montargis rejette le déclinatoire; et, le 9 floréal suivant, faisant droit au fond, il rescinde l'acte de vente. — Les parties appellent respectivement de ces divers jugemens; mais comme le tribunal de Montargis ressortit à la cour d'appel d'Orléans, tandis que le tribunal de Nogent-le-Rotrou ressortit à la cour d'appel de Paris, le sieur Cochin se pourvoit en règlement de juges, et demande que, sans avoir égard au jugement du tribunal de Montargis du 20 ventose, la cour de cassation renvoie devant la cour d'appel de Paris, toutes les contestations sur lesquelles il s'agit de statuer.

M. Daniels, portant la parole sur cette affaire, à l'audience de la section des requêtes, a dit qu'il n'y a rien de commun entre un partage de succession et la demande en rescision d'une vente de Droits successifs; que rien conséquemment ne s'oppose à ce que cette demande soit portée devant le juge domiciliaire de l'acquéreur; qu'ainsi, le tribunal de Montargis a été légalement saisi de l'action rescisoire intentée par le sieur Devalle contre le sieur Guéry; qu'à la vérité, le sieur Devalle aurait pu intervenir dans l'instance en partage formée par le sieur Guery contre le sieur Cochin; mais qu'il avait aussi pu s'en dispenser et se pourvoir par action séparée.

Par arrêt du 13 messidor an 13, au rapport de M. Chasle, « attendu que les tribunal d'arrondissement de Nogent-le-Rotrou, juge du lieu de l'ouverture de la succession dont il s'agit, et celui de Montargis, juge naturel de Guéry, acquéreur, ont été régulièrement et compétemment saisis, l'un des demandes en partage et en subrogation, l'autre de la demande en rescision du contrat de vente, la cour déclare qu'il n'y a pas lieu au règlement de juges ».]]

VIII. Quand un héritier n'a qu'une portion dans l'hérédité, et qu'il vend cette portion à un étranger, elle est sujette au retrait d'indivision en faveur des cohéritiers du vendeur.

Ce retrait est moins un retrait proprement dit, qu'une faculté qu'a un cohéritier d'empêcher un étranger de venir partager avec lui l'hérédité dont son cohéritier a jugé à propos de céder sa portion, en remboursant au cessionnaire ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir : il ne s'agit point en pareil cas de retirer, mais d'empêcher qu'on ne retire; ainsi ce retrait, qu'on appelle autrement *retrait de subrogation*, est plutôt une exception qu'une action.

Cette faculté de retrait, quoique puisée dans la bienséance et l'équité, [[n'était cependant pas admise par-tout avant la publication du Code Napoléon. *V. Retrait de cohéritiers.*]] Mais la jurisprudence du parlement de Paris et de quelques autres cours l'avait établie à l'instar de la faculté que les lois *per diversas* et *ab Anastasio* avaient accordée aux débitans de créances litigieuses cédées à des tiers, de se faire subroger aux cessionnaires (*V. Droits litigieux*). Il est effectivement de l'intérêt des citoyens, qu'un étranger ne vienne pas audacieusement pénétrer le secret des familles, à la faveur d'un acte que l'envie de nuire peut lui avoir procuré. La curiosité de savoir en quoi consiste une succession, cache presque toujours un mauvais dessein : *nemo curiosus nisi malevolus ;* c'est ce qui fait qu'il a paru juste de donner aux cohéritiers la faculté de repousser un cessionnaire étranger, en lui remboursant le montant de sa cession. On ne lui fait en cela aucun tort; il a dû s'attendre au remboursement; et, par ce moyen, on assure le repos des familles qui s'arrangent plus facilement entre elles, qu'avec un étranger toujours disposé à mettre par-tout le feu de la procédure.

La jurisprudence dont nous parlons, est attestée par nombre d'auteurs : on peut notamment consulter sur cette matière Henrys et Bretonnier, les plaidoyers de Servin, les arrêts de Chenu et de Maynard, Louet, Brodeau, etc. — Et il est à remarquer qu'en 1738 on chercha avec chaleur à donner atteinte à cette jurisprudence; c'était dans une espèce où le sieur Dédale avait exercé le retrait dont il s'agit contre le sieur Lesure, qui avait acquis des Droits successifs dont le sieur Dédale était cohéritier : on soutenait pour l'acquéreur « que les couventions sont de Droit naturel et de Droit public; que, quand elles sont conformes aux lois par lesquelles elles sont autorisées, elles sont elles-mêmes des lois qui ne peuvent recevoir d'atteinte que par le retrait lignager, féodal ou censuel, admis par nos coutumes; qu'autrement la liberté des conventions que le bien public et l'avantage du commerce ont introduite, serait gênée, et un cohéritier privé du Droit de faire son avantage et sa condition meilleure, attendu que, s'il ne pouvait céder ses Droits sans que son cessionnaire fût assujetti à la subrogation, personne ne voudrait les acquérir, etc. ». Mais, malgré tous ces moyens qui ne pouvaient l'emporter sur les raisons de famille dont nous avons parlé, il fut jugé au parlement de Paris, le 26 août 1738, que la subrogation exercée par le sieur Dédale, aurait son entier effet. Cette jurisprudence a encore été affermie depuis, au même parlement, par un arrêt du 13 août 1750, cité, ainsi que le précédent, dans la collection de Denizart.

Du principe sur lequel est appuyée la jurisprudence dont il s'agit ici, il résulte que, si la cession est faite à l'un des cohéritiers ayant droit d'entrer en partage, ce cohéritier n'est pas obligé de se prêter à la subrogation dont nous parlons, parce qu'ayant droit de connaître de son chef l'hérédité à fond, il n'y a pas plus d'inconvénient qu'il la con-

Digitized by Google

naisse pour deux ou plusieurs portions que pour une seule.

C'est sans doute sur ce principe que, s'il en faut croire Denizart, aux mots *Droits successifs*, on a jugé au parlement de Paris, le 9 janvier 1730, que la subrogation n'était pas admissible à l'égard d'une vente faite de leurs Droits parles héritiers d'une ligne, au mari donataire de sa femme, de la succesion de laquelle dépendaient les biens et les Droits vendus.

[[Denizart ne nous apprend pas si, dans l'espèce de cet arrêt, c'était à titre universel que le mari était donataire de sa femme; mais on doit le supposer : car si le mari n'eût été que donataire d'objets singuliers et déterminés, il n'y aurait en aucun motif pour l'affranchir du retrait successoral.

Un autre arrêt de la même cour du 17 août 1779, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de Droit*, tome 4, page 111, paraît avoir jugé le contraire de celui du 9 janvier 1730, entendu dans le sens que je viens d'indiquer : il a admis le retrait successoral contre un mari qui, se trouvant *donataire d'une part d'enfant* à prendre dans la succession de sa femme, avait acquis les Droits de quelques uns de ses beaux-fils dans cette succession.

Mais si la question se représentait pour une cession de Droits successifs postérieure à la publication de l'art. 841 du Code Napoléon, je ne doute pas qu'on n'en revînt à l'opinion adoptée par l'arrêt du 9 janvier 1730. — « Toute personne (porte cet article), même parente du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession ». — Il faut, comme l'on voit, que le cessionnaire soit *successible*, pour qu'on ne puisse pas l'évincer; on peut donc l'évincer, s'il n'est que copropriétaire à titre singulier. Mais ce n'est pas à titre singulier, c'est à titre universel, c'est comme héritier contractuel, c'est par conséquent comme *successible*, qu'un mari donataire d'une part d'enfant vient à la succession de sa femme. On ne peut donc pas, s'il acquiert les Droits de l'un des héritiers à cette succession, l'écarter du partage, en lui remboursant le prix de son achat. *V.* le plaidoyer rapporté au n° suivant.]]

IX. Observez que nous parlons seulement d'un cessionnaire et d'un cessionnaire étranger; car, si un testateur avait légué à un étranger le tiers ou le quart de tous ses biens, ce légataire ne pourrait pas être privé de discuter la succession pour en profiter dans toute l'étendue qu'elle pourrait avoir : l'inconvénient d'admettre un étranger aux secrets de la famille, ne l'emporterait point sur la volonté du testateur, qui était que cet étranger devînt l'associé de ses héritiers pour la portion à lui léguée.

Mais, si ce légataire cédait son Droit à un étranger, celui-ci pourrait-il résister à une demande en subrogation? Nous pensons qu'il ne le pourrait point, par la raison que les héritiers qui sont obligés de tolérer celui que le testateur leur a associé, ne sont pas obligés de même de se mettre à découvert envers un autre étranger que le testateur n'a point eu en vue; il en serait autrement si ce second étranger était devenu purement donataire du legs fait au premier; comme la valeur de cette donation ne pourrait se reconnaître que par l'examen des forces de la succession, on serait obligé de l'admettre à y participer pour la connaître dans toute son étendue.

[[Ce que nous disons du cessionnaire du légataire d'une quote des biens du testateur, il faut également le dire du cessionnaire du donataire à titre universel de l'héritier.

C'est ce qui vient d'être jugé par la cour de cassation, dans une espèce qui présentait en outre les questions suivantes :

1°. L'héritier bénéficiaire peut-il, comme l'héritier pur et simple, exercer le retrait successoral?

2°. L'art. 841 du Code Napoléon est-il applicable à une cession de Droits dans une succession ouverte avant la publication du Code, si cette cession n'a été faite que postérieurement?

3°. Le retrait successoral peut-il avoir lieu lorsque la cession d'une part indivise dans des objets désignés, embrasse l'universalité des Droits successifs du cédant?

4°. Peut-il être admis sans distinction de ce qui, dans les objets cédés, pouvait appartenir au cédant, à titre de préciput?

5°. L'héritier qui se fait subroger au cessionnaire, profite-t-il des avantages éventuels qui s'étaient réalisés dans l'intervalle de la cession à la subrogation?

Voici les faits qui ont donné lieu à ces questions.

François-Louis-Gabriel Lefournier-Wargemont meurt en 1775, laissant trois enfans mineurs, Albert-François, Alexandre-Louis, et Bonne-Charlotte-Félicité, mariée depuis au sieur Doublet de Persan. — Tous trois renoncent à sa succession, composée de meubles régis par la coutume de Paris, et d'immeubles, la plupart féodaux, situés dans les coutumes d'Amiens et de Ponthieu.

En 1785, Albert-François Lefournier-Wargemont, Alexandre-Louis, son frère puîné, et sa sœur, obtiennent des lettres de restitution en entier, et acceptent, chacun en ce qui le concerne, la succession paternelle par bénéfice d'inventaire.

Le 30 décembre 1785, sur l'assignation donnée à Albert-François Lefournier-Wargemont par son frère puîné, à fin de liquidation et partage de la succession, sentence intervient au châtelet de Paris, qui ordonne qu'à la diligence de celui-ci, tous les biens de l'hérédité bénéficiaire seront vendus par licitation.

L'exécution de cette sentence est retardée par les poursuites que les trois héritiers exercent contre leur oncle Albert Lefournier-Wargemont, en rescision de la vente que leurs tuteurs lui avaient faite pendant leur minorité, des terres de Domart et de Ribeaucourt, moyennant la somme de 747,000 liv., terres qu'il avait depuis revendues au comte d'Artois, moyennant la somme de 1,120,000 liv., dont

Digitized by Google

120,000 liv. étaient restées entre les mains de l'acquereur.

Le 19 mai 1786, arrêt du parlement de Paris, qui rescinde cette vente.

Aux termes de la coutume d'Amiens, François-Louis-Gabriel Lefournier-Wargemont avait droit, comme aîné, de prendre par préciput le château de Ribeaucourt. Quant aux autres biens féodaux, il lui en revenait les quatre quints, avec faculté de conserver l'autre quint en nature, à la charge d'en payer la valeur aux puînes; mais il pouvait aussi leur abandonner ce quint, que la coutume nommait *quint hérédital*; et les puînés devaient, en ce cas, lui en faire hommage. — C'est à ce dernier parti qu'il s'est tenu. — En conséquence, le 5 avril 1787, son frère puîné et sa sœur lui prêtent foi et hommage, à raison des quints encore indivis de tous les fiefs qui se trouvent dans la succession bénéficiaire.

En 1792, Albert-François Lefournier-Wargemont et la dame de Persan émigrent. Le séquestre est apposé sur leurs biens; et, à raison de l'indivision, il est étendu sur les quatre quints appartenans à leur frère aîné. Mais le château de Ribeaucourt n'en est pas atteint.

Le 14 frimaire an 3, Albert-François Lefournier-Wargemont, après avoir obtenu la main-levée du séquestre sur ses quatre quints, épouse Hélène-Elisabeth Savouray; et, par le contrat de mariage, l'institue, en cas de survie, *sa donataire universelle en toute propriété*. — Il meurt en l'an 6, et par-là sa veuve demeure propriétaire du château de Ribeaucourt, de quatre quints des fiefs, et d'un tiers des rotures de la succession de François-Louis-Gabriel Lefournier-Wargemont, son père.

En l'an 10, la dame de Persan, éliminée de la liste des émigrés, obtient la main-levée du séquestre apposé sur sa part indivise dans la succession de son père. En conséquence, et à compter du jour de cette main-levée, elle reçoit la *moitié du quint*, c'est-à-dire, le dixième, du produit des biens ruraux et des bois. Le gouvernement, de son côté, comme représentant Louis-Alexandre Lefournier-Wargemont, toujours émigré, reçoit une pareille quotité du revenu des uns et des autres. Les quatre autres quints de ce revenu sont touchés par la dame Savouray, veuve Lefournier-Wargemont.

En l'an 11, Alexandre-Louis Lefournier-Wargemont est rayé, par amnistie, de la liste des émigrés; et dès ce moment, il reçoit, comme sa sœur, le dixième du produit des biens de la succession paternelle.

Le 2 frimaire an 12, il fait assigner sa sœur et sa belle-sœur, en reprise de l'instance sur laquelle avait été rendue, le 30 décembre 1785, la sentence dont il a été parlé ci-dessus.

Le 20 pluviose suivant, les créanciers de la succession, qui s'étaient unis dès l'année 1774, interviennent par le ministère de leurs syndics, et concluent à ce que les opérations auxquelles pourra donner lieu cette demande, ne soient faites qu'en leur présence, ou eux dûment appelés.

Le 24 ventose an 12, la dame de Persan fait signifier une requête, par laquelle, en couchant à la visite et estimation des biens qui doivent précéder la vente, elle déclare nommer pour son expert Joseph Mathurel.

Le 30 du même mois, Alexandre-Louis Lefournier-Wargemont nomme le même expert, et demande acte de ce qu'il désigne, pour être vendue, *la terre de Ribeaucourt, avec ses appartenances et dépendances*.

Le 2 prairial de la même année, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, qui — « Donne défaut contre la dame Savouray, veuve Lefournier; et faisant droit au principal, reçoit les syndics et directeurs des créanciers, parties intervenantes; ce faisant, ordonne que la veuve Lefournier sera tenue, dans les trois jours de la signification du présent jugement, de reprendre par acte au greffe l'instance pendante et indécise au ci-devant châtelet, entre ledit Alexandre-Louis Lefournier, d'une part, et Albert-François Lefournier, son frère, d'autre part, *sur l'action en liquidation, division et partage des biens, meubles et immeubles de la succession bénéficiaire* de Louis-Albert-Gabriel Lefournier de Wargemont, leur père; sinon et à faute de ce faire dans ledit délai et icelui passé, *ordonne que ladite instance sera tenue pour reprise*; — Et faisant droit sur les demandes et conclusions respectives des parties, et y ayant égard, attendu qu'il y a nécessité de faire des fonds disponibles, tant pour l'acquit des dettes et charges de la succession du sieur de Wargemont père, que *pour le règlement à établir entre les divers héritiers*, ordonne qu'à la poursuite et diligence du demandeur, il sera procédé à la vente par licitation, à l'audience des criées du tribunal, sur l'enchère qui sera à cet effet mise et déposée au greffe, lue et publiée en jugement, *du ci-devant château de Ribeaucourt, et des bois, terres et près en dépendans*; à l'effet de quoi, affiches à la quinzaine, indicatives de ladite vente, seront mises et apposées aux endroits ordinaires et accoutumés....., pour, le prix qui proviendra de ladite vente, être d'abord employé à l'acquit des dettes de la succession dudit sieur de Wargemont père, et le surplus, si surplus il y a, versé entre les mains de Demautort, notaire de ladite succession; — Et avant faire droit sur la demande à fin de partage des autres biens; attendu qu'il est nécessaire, pour procéder audit partage, que la possibilité en soit reconnue, ordonne que par experts dont les parties conviendront, ou qui seront nommés d'office par le tribunal, il sera procédé, en présence des créanciers d'Albert-François Lefournier, ou eux dûment appelés au domicile de leur avoué, à la visite desdits biens, à l'effet, 1°. de les estimer article par article, et par distinction des objets qui doivent entrer dans le préciput; 2°. de déclarer si lesdits biens peuvent ou non se partager en autant de portions qu'il y a de copropriétaires, et eu égard aux droits de chacun desdits héritiers; 3°. en cas de possibilité de partage, composer des lots; lors

Digitized by Google

desquelles opérations, les parties pourront faire tels dires, observations, réquisitions qu'elles aviseront; — donne acte à Alexandre-Louis et à Bonne-Charlotte-Félicité Lefournier, de ce qu'ils nomment pour leur expert Joseph Mathurel, demeurant à Abbeville; ordonne que dans les trois jours, la veuve Lefournier-Wargemont sera tenue d'en nommer un de sa part, sinon qu'il en sera nommé un d'office, etc.....

Ce jugement n'étant contradictoire qu'entre Louis-Alexandre Lefournier, la dame de Persan et les syndics des créanciers, la dame Savouray, veuve Lefournier-Wargemont, y forme opposition; mais, par jugement contradictoire du 25 du même mois, — « le tribunal, jugeant en premier ressort, par les motifs exprimés au jugement par défaut du 2 du présent mois, déboute la veuve Lefournier-Wargemont de son opposition audit jugement, lequel sera exécuté selon sa forme et teneur ». — Ce jugement est signifié, le 26 thermidor an 12, à l'avoué et au domicile de la veuve.

Le premier jour complémentaire suivant, contrat notarié, par lequel la veuve « cède, quitte, transporte, délaisse et s'oblige de faire jouir, valoir et garantir de toutes dettes, hypothèques, troubles, évictions, enchères, sur-enchères, et de tous empêchemens quelconques, au profit de M. Roussel, les château, bâtimens, cours, jardins, parc, pourpris, accints, places dudit village de Ribeaucourt, canton de Domart, arrondissement de Doulens; les quatre quints indivis, appartenans à ladite dame Savouray, de la forêt de Sainte-Anne et de Goyeuval, consistans en neuf cents journaux ou environ, taut bois taillis que de haute futaie; les quatre quints du moulin à vent, bâtimens et leurs terrains, situés au terroir de Beaumé; les quatre quints de quatre cents journaux ou environ de terres de labour et prés, situés aux terroirs de Ribeaucourt, Beaumé et Berlette; les quatre quints d'une maison et dépendances, situés à Ribeaucourt; le quint restant des objets ci-dessus appartenant indivisément à dame Bonne-Charlotte-Félicité de Wargemont, et à Alexandre-Louis Lefournier, beau-frère et belle-sœur de la dame Savouray, contre lesquels l'acquéreur pourra demander la division à ses frais. En cette vente sont compris tous les droits de propriété appartenans à ladite dame dans les immeubles qui appartiennent audit feu Albert-François Lefournier, comme sa donataire universelle en propriété, situés sur les villages et terroirs de Ribeaucourt, Beaumé, Berlette et terroirs voisins, sans rien réserver ni excepter, même tous droits, profits réels ou personnels dont ledit sieur Lefournier a joui, dû jouir, et dont il aurait pu jouir par la suite; sous la réserve, au profit de ladite dame, de la jouissance pendant sa vie du château de Ribeaucourt. Et moyennant le prix principal, composé comme il suit; savoir, 71,506 fr., pour lesquels, et en leur place, le sieur acquéreur crée, constitue et assigne à la dame Savouray, 7,901 fr. de rente viagère, lesdits quatre quints de bois y demeurant affectés. Plus, 197,530 fr. dont 15,802 fr. pour le prix du château. La somme ci-dessus restante entre les mains de l'acquéreur, pour payer les charges exigibles, soit par lui-même, soit sur les délégations que lui en fera la venderesse. Le surplus sera payé après le règlement total des dettes de la succession, etc. »

Le 21 vendémiaire an 13, le sieur Roussel fait signifier à la dame de Persan, tant pour elle que pour son frère, un extrait informe de ce contrat; et sans lui donner connaissance du prix ni des conditions de la vente, la somme de concourir avec lui à l'exploitation et à la vente des bois.

Le 23 du même mois, la dame de Persan, tant pour elle que pour son frère, somme le sieur Roussel de lui donner une copie entière du contrat du 1er jour complémentaire an 12, se reservant, après en avoir délibéré, ou de consentir à son exécution, ou de le faire résoudre par la voie du retrait successoral, conformément à l'art. 841 du Code Napoléon.

Quelques jours après, le sieur Roussel obtempère à cette sommation, par la signification d'une copie exacte du contrat.

Le 23 brumaire suivant, Louis-Alexandre Lefournier et la dame de Persan déclarent par acte signifié au sieur Roussel qu'ils entendent user de la faculté qui leur est attribuée par l'art. 841 du Code Napoléon; et le somment, en conséquence, de leur délivrer l'état des sommes qu'il a légitimement payées en exécution de son contrat, avec offre de lui rembourser tout ce qui pourra lui être dû. — La dame Savouray, veuve Lefournier-Wargemont, était morte la veille; et par-là s'était éteinte la rente viagère de 7,901 fr., qui lui avait été constituée par le contrat de vente.

Le 5 nivose an 13, le sieur Roussel ne répondant pas à la sommation du 23 brumaire, est cité en conciliation devant le bureau de paix de son domicile. Et le 17 du même mois, à défaut de conciliation, Louis-Alexandre Lefournier-Wargemont et la dame de Persan le font assigner au tribunal civil de l'arrondissement d'Abbeville.

Le 29 prairial suivant, jugement qui les admet au retrait successoral. — Appel.

Pendant que la cause s'instruit à la cour d'appel d'Amiens, Louis-Alexandre Lefournier-Wargemont abdique la qualité de citoyen français, en se mettant au service de l'empereur d'Autriche. Le sieur Roussel élève en conséquence un incident à l'effet de lui faire donner la caution *judicatum solvi*. — La dame de Persan écarte cette demande, en produisant un acte du 17 brumaire an 14, par lequel son frère lui a transporté tous ses droits pour 45,000 fr. Cet acte est ainsi terminé : — « Enfin, les parties déclarent qu'il ne reste dans la succession de M. de Wargemont père, d'autres immeubles *que les terres ci-devant féodales de Ribeaucourt, Beaumé et dépendances*, sise dans l'arrondissement de Doulens, département de la Somme, de valeur d'environ 400,000 liv., et dans lesquelles le

Digitized by Google

cédant ne doit succéder que pour un dixième; elles fixent les dettes à 15,000 fr. 77 cent. ».

Le 13 mars 1806, arrêt ainsi conçu : — « Parties ouïes.... , il a été reconnu que la cause présente à juger les questions suivantes : 1°. Les puînés étaient-ils héritiers dans la coutume d'Amiens? — 2°. Le retrait successoral a-t-il été aboli par les lois des 13 juin et 19 juillet 1790; en cas d'affirmative, y a-t-il lieu, dans l'espèce, au retrait intenté en vertu de l'art. 841 du Code civil? — 3°. L'héritier bénéficiaire est-il recevable à intenter le retrait successoral? — 4°. Ce retrait peut-il être intenté sur l'acquéreur du donataire de l'héritier? — 5°. Au fond, la vente dont il s'agit, est-elle une vente d'objets certains et déterminés, ou bien seulement une vente de droits successifs? — 6°. Le château de Ribeaucourt, pourpris et accints peuvent-ils être exceptés de l'action intentée par la dame de Persan? — 7°. La dame de Persan doit-elle payer au sieur Roussel les 72,400 fr., formant le capital de la rente viagère de 8,000 l., constituée par Roussel au profit de la veuve Wargemont, décédée avant l'action? — Considérant, sur la *première question*, que, suivant le Droit commun, tous les enfans sont héritiers de leur père et mère; que cette règle est suivie dans toutes les coutumes qui ne contiennent point de disposition contraire; que les différentes manières, introduites par les coutumes, de partager l'hérédité, n'ôtent point la qualité d'héritier à ceux qui y prennent une part plus ou moins considérable; que dans la coutume d'Amiens, les puînés qui partagent également avec l'aîné les meubles et les immeubles non féodaux, sont héritiers comme lui, quoiqu'ils n'appréhendent qu'un quint *héréditat* à partager entr'eux dans les immeubles féodaux, suivant la disposition de l'art. 71 de cette coutume, qui ne dispose que sur le mode de partage de ces biens, et non sur la qualité d'héritier; — Considérant, sur la *deuxième question*, que si dans quelques instans de la législation, il s'est élevé des doutes sur la question de savoir si l'action en subrogation de vente de Droits successifs, vulgairement connue sous le nom de *retrait successoral*, était comprise dans la suppression des retraits prononcée par les lois du 13 juin et 19 juillet 1790; si même quelques dispositions législatives ont pu donner quelque consistance à cette opinion, il est maintenant reconnu que cette action n'a jamais été regardée comme un des retraits compris dans la suppression; — Considérant d'ailleurs qu'en admettant qu'elle y eût été comprise, il est aujourd'hui certain qu'elle a été rétablie par l'art. 841 du Code civil, ainsi conçu : *Toute personne, même partie du défunt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son Droit à la succession, peut-être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession;* qu'il est également certain que les actions se règlent par les lois existantes au moment où elles sont ouvertes; que, dans l'espèce, l'action en subrogation ne s'est ouverte que par la vente qu'a faite, le 1er jour complémentaire an 12, la veuve d'Albert-François Lefournier de Wargemont; d'où il suit que ce sont les dispositions de l'art. 841 du Code civil qui doivent régler la contestation, et non celles des lois du 13 juin et 19 juillet 1790; — Considérant, sur la *troisième question*, que l'héritier bénéficiaire jouit de toutes les prérogatives qui appartiennent, et profite de tous les Droits qui compètent à l'héritier pur et simple; que l'hérédité tout entière, que toutes les actions de l'hérédité lui appartiennent comme à celui-ci; qu'il n'existe entr'eux qu'une différence : c'est que la loi accorde à celui qui a été régulièrement admis au bénéfice d'inventaire, le droit de ne pas confondre, avec ses biens personnels, les biens et charges de l'hérédité; qu'il existe entre sa fortune et celle de l'hérédité une division qui le met à l'abri des condamnations personnelles qui pourraient être prononcées contre lui, en rendant compte de l'administration qu'il a eue de cette hérédité; que d'ailleurs la loi n'a point distingué quelles seraient les qualités du cohéritier qui avait le droit d'écarter l'étranger du partage; d'où il résulte que ce droit compète à l'héritier bénéficiaire comme à l'héritier pur et simple; — Considérant, sur la *quatrième question*, que celui-là est censé cohéritier dans la succession, qui vient y prendre une part comme successeur à titre universel d'un cohéritier; que l'expression *cohéritier* employée par l'art. 841 du Code, n'est point *limitative*, mais seulement *démonstrative;* que, dans l'espèce, Hélène-Elisabeth Savouray, donataire universelle par son contrat de mariage d'Albert-François Lefournier de Wargemont, est devenue, par le décès de celui-ci, cohéritière en son lieu et place dans la succession de François-Louis-Gabriel Lefournier, père dudit Albert-François et de Bonne-Charlotte-Félicité; d'où il suit que la vente par elle faite à Roussel, le 1er jour complémentaire an 12, de biens provenans de Louis-François-Gabriel Lefournier, est une vente faite par un cohéritier à une personne non successible, et par conséquent contre laquelle on peut admettre la demande en subrogation; — Considérant, sur la *cinquième section*, dans le droit, que toute personne non successible du défunt, à laquelle un cohéritier aurait cédé son Droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession; — Dans le fait, que par l'acte du 1er jour complémentaire an 12, Paul-Antoine Roussel a acquis d'Hélène-Elisabeth Savouray, veuve et donataire à titre universel d'Albert-François Lefournier de Wargemont, — 1°. Le château de Ribeaucourt, bâtimens, parc et ses accints; — 2°. Les quatre quints de la forêt de Ste.-Anne et Goyenval; 3°. Les quatre quints du moulin à vent, bâtimens et leur terrain, situés à Beaumé; — 4°. Les quatre quints de quatre cents journaux ou environ de terres à labour, prés, masure, situés au terroir de Ribeaucourt, Beaumé et Berlette; — 5°. Les quatre quints d'une maison et dépendances, située à Ribeaucourt, occu-

Digitized by Google

pée par le nommé Labranche, même le total, si le tout appartient à la venderesse; — qu'une clause de cet acte porte : *En cette vente sont compris tous les Droits de propriété appartenans à ladite dame dans les immeubles qui appartenaient audit feu Albert-François Lefournier, comme sa donataire universelle en propriété, situés sur les villages et terroirs de Ribeaucourt, Beaumé, Berlette et terroirs voisins, sans en rien réserver ni excepter, même tous Droits, profits réels ou personnels dont ledit sieur Lefournier a joui, dû jouir, et dont il aurait pu jouir par la suite.* — Considérant que cette vente n'est point une vente d'objets certains et déterminés, mais une vente de tout ce qui appartenait à la venderesse du chef de son mari donateur, dans les immeubles situés aux terroirs de Ribeaucourt, Beaumé, Berlette et terroirs voisins, puisque non seulement les immeubles vendus ne sont point déterminés par le nombre et l'étendue de chaque pièce qui peuvent se trouver sur chaque terroir, que non seulement il n'est point indiqué quels sont les fermiers qui en jouissent, ni pour quel prix ils en jouissent, que non seulement il n'est point expliqué ce qu'on peut entendre par ces mots *terroirs voisins*, ni ce que peuvent contenir ces terroirs voisins; mais même qu'il n'est pas fait mention dans ladite vente de la quantité d'immeubles non féodaux qui peuvent se trouver et qui se trouvent effectivement situés sur lesdits terroirs, provenant de François-Gabriel Lefournier, et dans lesquels Albert-François n'avait que le tiers, ce qui serait dans le cas de faire naître entre l'acquéreur et les héritiers Wargemont des contestations considérables. — Considérant que la déclaration faite à l'audience par Paul-Antoine Roussel, qu'indépendamment des biens vendus, il reste encore à vendre des biens importans, tels que la terre de Gencourt, le domaine de Longvillé, Thionville, Graville, Fontaine et Revillon, dans la coutume d'Amiens, et les domaines Montreneau et Gorenflot dans celle de Ponthieu, se trouve détruite par l'énoncé aux contrats de ventes faites à Aymard Lefournier, les 4 et 6 juillet 1774, puisqu'au contrat du 4, il est dit que les fiefs de Revillon et de Gencourt sont compris au bail du fermier de Berlette; que les fiefs de Gravillé, de Fontaine et de Thionville, ne consistent qu'en censives, lots et ventes, champarts et autres droits supprimés depuis; qu'en celui du 6, il est dit que le fief de Longvillé, composé seulement d'un domaine de neuf journaux, est une annexe de la terre et seigneurie de Beaumé; que cette assertion n'est appuyée d'aucune pièce relative aux fiefs situés en Ponthieu, dont l'existence est entièrement déniée par la dame de Persan; que d'ailleurs la situation de tous les fiefs ci-dessus énoncés dans la coutume d'Amiens, prouve qu'ils sont implicitement compris dans la vente faite à Roussel, puisqu'il est acquéreur de tous les immeubles situés à Ribeaucourt et Beaumé, Berlette et terroirs voisins; et qu'il est constaté que si la totalité de ces fiefs n'est point située dans les trois terroirs dénommés, ils en sont assez voisins pour être exploités par les mêmes fermiers, annexés soit à la terre de Beaumé, soit aux accints de la ferme de Berlette, soit même à l'avenue du derrière du château de Ribeaucourt; — Considérant d'ailleurs qu'il a été expressément articulé par la dame de Persan, soit dans la consultation par elle distribuée en la cause, soit en plaidant, *que les objets aliénés à Roussel par la veuve Wargemont, sont les seuls qui restent dans la succession de Louis-François-Gabriel Lefournier; qu'il n'y a pas absolument autre chose; que la succession est tout entière dans ces objets-là; qu'il n'existe pas un immeuble de plus, pas un objet mobilier, pas une rente;* que le contraire de ces faits n'a été ni établi, ni prouvé par le sieur Roussel; d'où il résulte que la vente dont il s'agit, malgré l'espèce de désignation portée au contrat, est, sur-tout d'après la clause générale qui le termine, une vente d'universalité d'immeubles, une véritable vente de Droits successifs; — Considérant, sur la *sixième question*, que le château de Ribeaucourt, pourpris et accints fait également partie de la succession indivise de Louis-François-Gabriel Lefournier; qu'il a même été articulé par la dame de Persan que l'ancienne consistance des accints avait été changée par Louis-Aymard de Wargemont, qui y avait fait beaucoup d'augmentations et d'améliorations, ce qui devait donner lieu à des contestations; que, sans en convenir, Roussel avait cependant reconnu que les accints avaient reçu l'augmentation d'une pièce de cinq journaux appelée le *Quinconce*, et qu'il y avait été fait des constructions et des démolitions qui en avaient changé l'état; — Considérant, sur la *septième question*, que l'effet de l'action en subrogation est de mettre le subrogé dans tous les droits de l'acquéreur qu'il remplace, de lui faire supporter les pertes, de le faire jouir des profits dont cet acquéreur aurait profité ou dont il aurait été tenu; que le temps où l'action a été intentée, est indifférent pour déterminer les droits du subrogé; qu'il a droit, à compter du contrat auquel ils est subrogé, à tous les événemens auxquels ce contrat a pu ou pourrait donner lieu; qu'il résulte de là que le sieur Roussel ne peut exciper de ce que le décès de la veuve Wargemont a précédé de deux mois l'action en subrogation, pour appliquer à son profit les 72,400 fr., capital de la rente viagère de 8,000 fr., éteinte par le décès de cette veuve. — La cour, faisant droit sur l'appel, a mis et met l'appellation au néant, ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet.... »

Le sieur Roussel se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Les moyens de cassation qui vous sont présentés par le demandeur (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 1er décembre 1806), se rapportent tous aux sept questions que la cour d'appel d'Amiens s'est proposées en tête de son arrêt : nous ne pouvons donc suivre, pour les discuter, un meilleur ordre que celui de ces questions mêmes.

Digitized by Google

» La première, comme vous vous le rappelez, est celle de savoir si, avant l'abolition du régime féodal, les puînés étaient héritiers dans la coutume d'Amiens; et vous savez quel est l'objet de cette question.

» L'art. 841 du Code civil n'accorde le retrait successoral qu'aux héritiers. Si donc, les puînés n'étaient pas héritiers dans la coutume d'Amiens, la dame de Persan et son frère Louis-Alexandre Lefournier-Wargemont seraient évidemment sans qualité pour exercer le retrait successoral sur la vente dont il s'agit.

» Aussi le demandeur s'est-il fortement attaché devant la cour d'appel d'Amiens, à établir que la coutume d'Amiens refusait à la dame de Persan et à son frère la qualité d'héritiers; et quoiqu'il ne reproduise plus devant vous la principale raison sur laquelle il fondait son système, nous devons cependant vous la soumettre, parceque sortant du propre texte de la coutume, elle devrait être suppléée d'office, si elle était fondée.

» La coutume d'Amiens, disait le demandeur devant la cour d'appel, n'accorde aux puînés qu'un quint dans les fiefs; et ce n'est pas comme héritiers qu'elle le leur accorde : s'ils avaient ce quint comme héritiers, ils en seraient saisis de plein droit. Ce serait pour eux la conséquence nécessaire de la règle *le mort saisit* le vif. Or, ils n'en sont pas saisis de plein droit; il faut, suivant l'art. 71, qu'ils *l'appréhendent* de fait, pour que les fruits commencent à leur en appartenir.

» Mais, 1°. c'est certainement par Droit successif que les puînés sont appelés au quint des fiefs; et il est également certain qu'ils ne peuvent appréhender le quint des fiefs sans se soumettre, comme le dit textuellement l'art. 80 de la coutume, *aux charges et dettes de la succession*. Or, peut-on n'être pas héritier, à raison d'un bien qu'on ne recueille qu'à titre successif et qui emporte soumission aux dettes héréditaires? — On objecterait inutilement que l'art. 80 n'assujettit les puînés aux dettes, que *prorata de l'émolument tant seulement*. Ecoutons le commentateur Dehen sur cet article même. — « Combien que de disposition de Droit, les héritiers ne soient tenus solidairement des dettes du défunt, ains seulement pour leur part et portion héréditaire, néanmoins en ce bailliage, ils sont tenus, pour le tout, sauf leur recours contre leurs cohéritiers; et partant, il nous faut entendre la disposition de cet article avoir lieu entre les frères et sœurs seulement, et non que les créanciers ne se puissent adresser pour toutes leurs dettes à l'encontre des puînés, *en la personne desquels réside la qualité d'héritiers*, aussi bien comme en celle de l'aîné. Pourquoi, au regard des créanciers, ils ne peuvent eux exempter du paiement de toutes les dettes, mais ont seulement une action de recours contre l'aîné pour la part dont il est tenu, à portion de l'émolument comme dessus, suivant la disposition de cet article ». — L'argument que nous avons tiré de l'assujettissement des puînés aux dettes de la succession, subsiste donc dans toute sa force; les puînés sont donc véritablement héritiers, lors même qu'ils ne prennent dans la succession que le quint des fiefs.

» 2°. Qu'importe qu'aux termes de la coutume, ils ne soient pas, de plein droit, saisis de ce quint? Cela signifie bien qu'ils ne sont pas héritiers effectifs avant l'appréhension du quint; mais en inférer qu'après l'appréhension du quint, ils ne jouissent pas comme héritiers, c'est une inconséquence. L'art. 540 de la coutume de Bretagne ne permettait aux héritiers collatéraux de se mettre en possession des biens de la succession à laquelle ils étaient appelés, qu'après en avoir obtenu la main-levée judiciaire dans chacun des lieux où ces biens étaient situés; et cependant on n'a jamais prétendu qu'après l'obtention de cette main-levée, ils ne possédaient pas comme héritiers.

» 3°. Enfin, ce qui tranche toute difficulté dans notre espèce, c'est que par l'arrêt dont on vous demande la cassation, il est constaté, en point de fait, que dans la succession du père commun de la dame de Persan et de ses frères, il existe, non seulement des fiefs dont les quatre quints appartiennent à l'aîné, mais encore des rotures dans lesquelles les puînés partagent avec lui par portions égales. — Et vainement le demandeur oppose-t-il à cette partie de l'arrêt, l'acte passé le 17 brumaire an 14, entre la dame de Persan et son frère Louis-Alexandre. Cet acte, par cela seul qu'il est passé entre des tiers, ne peut pas former pour le demandeur une preuve authentique de ce qu'il énonce. La dame de Persan et son frère ont pu y énoncer tout ce qu'ils ont voulu; mais il n'en peut résulter ni avantage ni préjudice pour le sieur Roussel. La seule chose qui par cet acte, soit prouvée authentiquement pour le sieur Roussel, c'est que cet acte a été passé le 17 brumaire an 14 : *probat rem ipsam* (comme le dit Dumoulin, sur l'ancienne coutume de Paris, §. 8, gl. 1, n° 8), et rien de plus.

» Mais si la dame de Persan et son frère Louis-Alexandre étaient héritiers de leur père, relativement au quint des fiefs et aux rotures, l'étaient-ils aussi relativement au château de Ribeaucourt qui formait le préciput de l'aîné? Le demandeur soutient la négative; mais ce n'est pas encore le moment d'apprécier ses raisons; elles appartiennent à la 6e des questions qu'a jugées la cour d'appel d'Amiens.

» En suivant la série de ces questions, nous arrivons à la seconde, qui consiste à savoir si le retrait successoral peut avoir lieu aujourd'hui dans la succession de François-Louis-Gabriel Lefournier-Wargemont, c'est-à-dire, dans une succession ouverte en 1773, et dont conséquemment l'ouverture a précédé de beaucoup la publication du Code civil.

» Cette question en renferme trois : — 1°. Le retrait successoral avait-il lieu en 1773? — 2°. S'il avait lieu à cette époque, a-t-il été aboli dans l'intervalle de cette époque à la publication du Code civil? — 3°. S'il avait été aboli dans cet intervalle, l'art. 841 du Code civil pourrait-il en autoriser l'exercice dans une succession qui, pendant cet intervalle, en aurait été affranchie?

Digitized by Google

» Sur le premier point, nulle difficulté : le demandeur reconnaît lui-même que la jurisprudence du parlement de Paris avait introduit le retrait successoral dans toutes les parties du ressort de cette cour où il n'était pas rejeté par la loi locale : ainsi, point de doute que si, dans les premiers temps qui ont suivi l'ouverture de la succession de François-Louis-Gabriel Wargemont, l'un des héritiers eût vendu à un étranger sa portion héréditaire, cette portion n'eût pu être frappée du retrait successoral.

» Sur le deuxième point, le demandeur a soutenu que le retrait successoral avait été compris dans la loi du 13 juin 1790, portant abolition du *retrait de bourgeoisie*, d'*habitation* ou local, du *retrait d'éclesche*, du *retrait de société*, de *communion*, de *fraeuseté*, de *convenance* ou *bienséance*; et dans la loi du 19 juillet de la même année, portant abolition du *retrait lignager* et du *retrait de mi-denier*.

» Mais d'abord il est évident que le retrait successoral n'a rien de commun, soit avec le retrait lignager, soit avec le retrait de mi-denier, soit avec le retrait de bourgeoisie, d'habitation ou local.

» Une chose également évidente, c'est que le retrait successoral n'a pas été compris dans l'abolition du retrait d'*éclesche*..... (*V. mon Recueil de Questions de Droit, tome* 4, *pages* 99, 100 et 101.)

» Mais, et c'est ici le troisième point que nous avons à examiner, ne suffirait-il pas que la publication de l'art. 841 du Code civil eût précédé la vente faite au demandeur par la dame Savouray, pour qu'en vertu de ce seul article et indépendamment de la législation antérieure, cette vente fût passible du retrait successoral ? — N'en doutons pas, MM. Sans doute le Code civil a cela de commun avec toutes les lois nouvelles, que, suivant l'expression de la loi 7 *de legibus*, au Code Justinien, *ad futura tantùm negotia, non ad actus præteritos trahitur.* — Mais la vente dont il est ici question, n'est pas, relativement au Code civil, une chose que l'on puisse qualifier de *actus præteritus* : elle n'est, au contraire à son égard, que *futurum negotium.* C'est donc par le Code civil que les effets doivent en être réglés : c'est donc au Code civil qu'il appartient de décider si elle est résoluble par la voie du retrait successoral, ou si elle ne l'est pas.

» Que la succession de laquelle dépendent les biens compris dans cette vente, ait été ouverte long-temps avant la publication du Code civil, c'est la chose du monde la plus indifférente. Il ne s'agit ici de savoir ni quels sont les héritiers qui doivent succéder, ni quels sont, dans la succession, les droits de chacun d'eux. Il s'agit uniquement d'un fait qui ne s'est passé qu'après l'ouverture de la succession; et sur laquelle, par conséquent, la loi du temps de l'ouverture de la succession ne peut avoir aucune prise.

» Ici, d'ailleurs, la loi du temps de l'ouverture de la succession se trouve parfaitement d'accord avec la loi du temps de la vente; ce n'est que dans l'intervalle qui sépare ces deux temps, que l'on trouve, du moins nous voulons bien le supposer, une loi contraire à l'une et à l'autre : mais que peut ici cette loi intermédiaire ? Bien évidemment elle ne peut ni ôter aux héritiers les droits qu'ils tiennent de la loi du temps où la succession s'est ouverte, ni empêcher que la loi du temps où la vente a été contractée, ne leur en ait conféré de nouveaux.

» Ainsi, quel que soit le rapport sous lequel on envisage la deuxième des questions jugées par l'arrêt attaqué, on ne peut y trouver matière à la plus légère critique.

» Et nous devons en dire autant de la troisième, de celle de savoir si le retrait successoral est permis à l'héritier bénéficiaire, comme à l'héritier pur et simple; c'est même ce que le demandeur reconnaît assez par le silence qu'il garde sur ce point dans sa requête.

» La quatrième mérite plus d'attention et présente plus d'intérêt. Elle tend à savoir si le retrait successoral peut s'exercer sur la vente faite à un non successible, par un étranger qui, en qualité de donataire universel par contrat de mariage, se trouve à la place de l'un des héritiers; et le demandeur soutient qu'en la jugeant pour l'affirmative, la cour d'appel d'Amiens a donné à l'art. 841 du Code civil une extension illégale.

» L'art. 841 du Code civil n'assujettit en effet au retrait successoral, que la vente faite par un *cohéritier;* mais l'étranger qu'un cohéritier a mis à sa place, en lui faisant, par contrat de mariage, une donation universelle de tous ses biens, n'est-il pas lui-même devenu cohéritier par cette donation; et dès-lors la vente qu'il fait de son Droit dans la succession, ne doit-elle pas être assimilée à celle qu'eût pu faire son donateur? C'est là ce qu'il faut examiner.

» Et d'abord, pour renfermer la question dans notre espèce, que serait-il arrivé si le frère aîné de la dame de Persan eût laissé un enfant ? Cet enfant, en succédant à son père, serait-il devenu cohéritier de la dame de Persan sa tante ? On répondra sûrement, oui; et la chose est trop évidente pour qu'il puisse s'élever à cet égard la plus légère difficulté.

» La vente que cet enfant eût faite au sieur Roussel de ses Droits successifs, eût-elle été, de la part de la dame de Persan, sujette au retrait successoral ? Bien certainement on répondra encore, oui. Cet enfant eût été, comme on vient de le dire, le *cohéritier* de la dame de Persan; l'art. 841 du Code civil se serait donc appliqué de lui-même à la vente qu'il eût faite.

» Mais au lieu de transmettre ses droits à un enfant, à un héritier, le frère aîné de la dame de Persan les a transmis à sa femme par la donation qu'il lui a faite en l'épousant, de tous les biens qu'il laisserait à sa mort; et quelle différence y a-t-il entre un héritier et un donataire universel de tous les biens que le donateur laissera à sa mort ? Il y en a une dans le mot; mais elle n'est que là, elle n'est point dans l'effet.

» La loi 128, D. *de regulis juris*, répute héri-

Digitized by Google

tiers tous ceux qui succèdent à l'universalité des Droits d'un défunt: *Hi qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur;* et Dauthoine, sur cette loi, après avoir cité trois exemples de pareils successeurs, ajoute : « Le quatrième exemple convient au donataire universel qui est obligé de payer toutes les dettes du donateur, *quia est loco heredis*, lorsqu'il accepte la donation purement et simplement; mais quand il accepte sous inventaire, il n'est tenu que jusqu'à la concurrence des biens; d'où il suit qu'un donataire universel est comparé à un véritable héritier ». — Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonnance de 1731, dit également : « Le donataire de tous biens présens et à venir, ou d'une quote, succedant *in universum jus*, doit être considéré comme héritier, et, par conséquent, il doit payer toutes les dettes et charges de la succession... Il peut même être convenu par action personnelle..... »

» Comment, d'après cela, le donataire universel d'un cohéritier pourrait-il vendre les Droits successifs de celui-ci, sans la charge du retrait successoral? — Serait-ce parceque le retrait successoral ne pouvait pas avoir lieu contre le donataire universel lui-même? Mais il n'aurait pas pu davantage avoir lieu contre l'héritier du cohéritier; et, puisque l'acquéreur des Droits de celui-ci est sujet à cette action, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'acquereur des Droits de celui-là? Quelle raison y aurait-il de communiquer plutôt à l'un qu'à l'autre, le privilège qu'avait son vendeur d'être à l'abri de cette action?

» Supposons la dame Savouray encore vivante, et la dame de Persan vendant à un étranger tous les Droits qu'elle a dans la succession dont il s'agit. La dame Savouray pourrait-elle retirer les Droits de la dame de Persan sur l'acquéreur? Pourquoi non, et sous quel prétexte voudrait-on l'en empêcher? Parcequ'elle ne serait pas la cohéritière, proprement dite, de la dame de Persan? Mais elle serait la donataire universelle de son cohéritier : elle serait, à l'égard de son cohéritier, *loco heredis;* elle aurait donc les mêmes Droits que si elle était sa cohéritière de nom, comme elle le serait réellement et quant aux effets. — Aussi ne s'était-il jamais élevé de question sur ce point, dans notre ancienne jurisprudence.....

» Mais voulons-nous acquérir la preuve certaine et irréfragable, que, dans l'art. 841 du Code civil, le donataire à titre universel est compris sous la dénomination *d'héritier?* Reportons-nous à l'intitulé de la *section* dont cet article fait partie. Cette section a pour titre, *De l'action en partage et de sa forme;* et elle est la seule de tout le Code civil qui règle, soit quant au fond, soit quant à la forme, les partages de Droits successifs : c'est, par conséquent, dans cette section, que les donataires à titre universel doivent chercher, et ce n'est que dans cette section qu'ils peuvent trouver les dispositions qu'ils ont à suivre pour partager avec les héritiers du sang, les Droits qui sont indivis entre eux. Or, dans cette section, pas un seul article, pas un seul paragraphe, pas un seul mot sur les donataires à titre universel. Il faut donc nécessairement que l'on applique aux donataires à titre universel, tous les articles de cette section où figure l'expression *cohéritiers*. Mais si on les leur applique tous, que devient le système du demandeur? Sa seule ressource serait de dire qu'on doit excepter de cette application générale l'art. 841. Et quel pourrait être le motif d'une telle exception? Si, par la force des choses, on est obligé d'étendre aux donataires à titre universel tout ce que portent, sur les cohéritiers, les 26 articles qui précèdent le 841, comment ne sent-on pas que la force des choses nécessite la même extension pour celui-ci?

» Quel est d'ailleurs le but de l'art. 841? Il est le même que celui de l'ancienne jurisprudence, à laquelle cet article ne fait que donner une nouvelle sanction; et voici de quelle manière il nous est indiqué par Brodeau sur Loüet, lettre C, §. 13: « En cas de cession et transport de Droits successifs, bien que non litigieux, faits par un des cohéritiers à un étranger, peut l'autre cohéritier demander à être subrogé, en remboursant, *afin qu'il n'ait rien à démêler avec le cessionnaire étranger qui veut pénétrer dans les secrets d'une famille* dont il n'est point, et *vexer et molester, par procès*, les vrais héritiers, *en achetant à bon marché* les Droits de leurs cohéritiers ». — C'est aussi à ce but que l'on rapporte l'art. 841, dans le discours prononcé au tribunat le 26 germinal an 11, sur le titre *des Successions* du Code civil : « Les étrangers qui achètent des Droits successifs (y est-il dit), apportent presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet de loi donne le moyen de les écarter..... Il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette pas à pénétrer dans leurs secrets, et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots : *Alienis fortunis inhiant* ». — Or, ce but, si moral et digne d'une si grande faveur, ne serait-il pas totalement manqué, si l'article 841 n'était pas applicable à la vente faite par le donataire universel d'un cohéritier, comme à la vente faite par le cohéritier lui-même?

» Et remarquons encore que jusqu'à présent nous nous sommes servis d'un terme très impropre, en qualifiant la dame Savouray de donataire universelle de son mari. Non, la dame Savouray n'était pas donataire de son mari, elle était son *héritière* dans toute l'étendue, dans toute l'énergie de cette expression, et c'est une vérité facile à démontrer.

» La dame Savouray était, par son contrat de mariage, donataire universelle de tous les biens que son mari laisserait à sa mort; et tout le monde sait qu'une pareille donation équivaut à une institution contractuelle.

» Boucheul, dans son *Traité des Conventions de succéder*, ch. 25, n. 1, dit que « la donation uni-

verselle et de tous biens est une succession conventionnelle et par contrat ».

» Renusson, dans son *Traité des Propres*, ch. 3, sect. 2, dit également : « Cette résolution, que nous établissons pour les institutions d'héritiers faites par contrat de mariage, doit avoir lieu pareillement pour les donations universelles qui seraient faites par contrat de mariage, de tous les biens que le donateur aurait au jour de son decès; car une donation de cette qualité équipolle et a le même effet qu'une institution d'héritier faite par contrat de mariage ».

» Or, quel est le caractère de l'héritier contractuel? Est-il héritier proprement dit? l'est-il comme s'il succédait *ab intestat*? En un mot, la règle *le mort saisit le vif* agit-elle sur lui comme sur l'héritier appelé par la loi? L'affirmative est universellement reconnue. — « L'héritier conventionnel (dit Le Brun, *des Successions*, liv. 3, ch. 1, n. 25), se trouvant en état de succéder lors du decès du donateur, est saisi de plein droit. Aussi la coutume de Bourbonnais, art. 217, établissant la validité et l'irrévocabilité de ces institutions, finit par ces termes : *et saisissent telles dispositions, les cas advenus*..... La coutume d'Auvergne, ch. 14, art. 16, dit la même chose; comme aussi la coutume de Nivernais, titre *des Donations*, art. 12. Ce que j'estime devoir avoir lieu, non seulement au profit du plus proche héritier, qui est ainsi institué par son contrat de mariage, mais encore..... d'un étranger ». — Delaurière, dans son *Traité des Institutions contractuelles*, ch. 4, n. 120, nous présente absolument la même doctrine : — « Le principal effet de l'institution contractuelle (dit-il) est, comme on l'a tant prouvé ci-dessus, de faire un *véritable héritier*, qui est saisi de plein droit des biens du défunt, comme les héritiers du sang en sont saisis, suivant la règle, *le mort saisit le vif* ».

» La dame Savouray était donc, dans la vraie et stricte acception du mot, *héritière* de son mari; elle était donc, comme eût pu l'être l'enfant de son mari, *cohéritière* de la dame de Persan. Elle ne pouvait donc pas vendre son Droit à la succession indivise entre la dame de Persan et elle, sans que la dame de Persan eût droit au retrait successoral.

» C'est trop nous arrêter à des vérités aussi simples, passons à notre cinquième question : *La vente dont il s'agit est-elle une vente d'objets certains et déterminés, ou bien seulement une vente de Droits successifs?*

» Si le sieur Roussel n'a acquis de la dame Savouray que des objets certains et déterminés, si ce ne sont pas des Droits successifs, si ce n'est pas son Droit à une succession encore indivise qu'il a acquis d'elle, bien certainement la cour d'appel d'Amiens a mal jugé; son arrêt a fait une fausse application de l'art. 841 du Code civil, et il doit être cassé par le même motif qui vous a déterminés, messieurs, à confirmer, le 9 septembre dernier, un arrêt par lequel la cour d'appel de Rouen avait déclaré les héritiers Paysan-Laïosse non recevables dans leur action en retrait successoral sur la vente faite par un de leurs cohéritiers, de sa part dans deux fermes qui, dans le partage de la succession de leur père commun, avaient été réservées pour rester indivises jusqu'au jugement de quelques contestations auxquelles ces biens avaient donné lieu.

» Mais si les objets que le sieur Roussel a acquis de la dame Savouray, forment véritablement des Droits successifs; si, pour nous servir des termes de l'art. 841 du Code civil, la dame Savouray lui a vendu *son Droit à la succession* du sieur Lefournier père, ou, en d'autres termes, le Droit qu'elle avait à cette succession du chef de son mari, nul doute que l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens n'ait bien jugé, nul doute qu'il ne doive être maintenu.

» A quels signes reconnaîtrons-nous donc si c'est d'objets certains et déterminés, ou de Droits successifs, que le sieur Roussel est acquéreur? Il ne peut pas y en avoir d'autres que ceux qui sortent de son contrat. Or, par son contrat, qu'a-t-il acquis de la dame Savouray?

» Pour nous fixer sur ce point, il importe de connaître en quoi consistait, à l'époque de la vente, la succession du sieur Wargemont père.

» Elle consistait, 1°. en meubles, ou existans en nature, ou vendus, et dont les héritiers doivent rendre compte; 2°. en immeubles sur la nature, l'etendue et la situation desquels les parties ne sont pas d'accord.

» Le sieur Roussel n'a certainement pas acquis, par son contrat, les Droits de la dame Savouray aux meubles de la succession du sieur Wargemont père. Mais cette circonstance ne pourrait pas empêcher qu'il ne dût être considéré comme acquéreur de Droits successifs, si d'ailleurs il avait acquis tous les Droits de la dame Savouray aux immeubles de la même succession; et la raison en est simple : c'est que pour être reputé successeur *in universum jus*, et conséquemment héritier, il n'est pas necessaire d'avoir Droit à l'universalité absolue, ni même à une quotité quelconque de l'universalité de la succession tant mobilière qu'immobilière; c'est qu'il suffit, pour cela, d'avoir Droit à une quotité quelconque de l'universalité, soit des meubles, soit des immeubles, de la succession. — Le Brun, dans son *Traité des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 2, n. 45 et 46, examine quels sont les caractères distinctifs du legs universel d'avec le legs particulier. Il établit d'abord que l'on ne peut considérer que comme un legs particulier la disposition par laquelle un testateur donne tous ses livres, tous ses meubles meublans, tous les biens qu'il possède dans telle province. — « Mais (ajoute-t-il) si on lègue tous ses meubles et Droits mobiliers, le legs est universel. Et nous distinguons trois sortes de biens dont on peut faire des dispositions universelles, en se conformant aux dispositions des coutumes : les meubles, les acquêts et les propres ». — C'est aussi ce que décide expressément l'art. 48 de la loi du 22 ventose an 2. Par cet article, la convention nationale, répon-

Digitized by Google

dant à une pétition tendante *à ce qu'il soit décidé si l'institution, soit dans une universalité de meubles, soit dans une universalité d'acquêts, soit dans une universalité de propres seulement, constitue un titre universel;* déclare *que le titre universel est celui qui porte sur l'universalité, ou sur une quotité, soit de meubles et effets mobiliers, soit des acquêts, soit des propres de celui qui dispose.* — Enfin, l'art. 1010 du Code civil porte également que *le legs à titre universel, est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier.* — Et l'on sent que par la même raison, le sieur Roussel doit être considéré comme acquéreur d'un Droit universel dans la succession du sieur Wargemont père, si, sans rien acquérir dans les meubles de cette succession, il a du moins acquis une quotité des immeubles qui s'y trouvent, s'il a du moins acquis dans ces immeubles un *jus universum.*

» Or, à cet égard, que porte le contrat du sieur Roussel? Vous l'avez vu, messieurs, par ce contrat, la dame Savouray vend au sieur Roussel — le château de Ribeaucourt, — les quatre quints de la forêt de Sainte-Anne et de Goyenval; — les quatre quints d'un moulin situé à Beaumé et de son emplacement; — les quatre quints d'une maison située à Ribeaucourt; — enfin, *tous les Droits de propriété appartenans à ladite dame dans les immeubles qui appartenaient à feu Albert-François Lefournier, comme sa donataire universelle en propriété, situés sur les villages et terroirs de Ribeaucourt, Beaumé, Berlette et terroirs voisins, sans en rien réserver ni excepter, même tous Droits et profits réels ou personnels, dont ledit sieur Lefournier a joui, dû jouir, et dont il aurait pu jouir par la suite.*

» Ici, plusieurs questions se présentent, l'une de fait, les autres de Droit.

» Et d'abord, dans le fait, les biens que la dame Savouray vend ainsi au sieur Roussel, soit en totalité, soit pour les quatre quints seulement, composent-ils l'intégralité des immeubles actuels de la succession du sieur Wargemont père?

» Devant la cour d'appel d'Amiens, le sieur Roussel a soutenu que non; mais quelle preuve en a-t-il rapportée? aucune: il s'est borné à de simples allégations; et la cour d'appel, en les rejetant toutes, comme dénuées de fondement, a jugé en fait qu'il n'existe plus dans la succession du sieur Wargemont père, d'autres biens que ceux dont le sieur Roussel est acquéreur en tout ou en partie.

» Pour attaquer, en ce point de fait, l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens, il ne suffirait pas au sieur Roussel de vous présenter des actes authentiques qui établissent clairement le contraire: des actes authentiques qui n'auraient pas été mis sous ses yeux des magistrats d'Amiens, ne sauraient et ne pourraient être pour vous d'aucune considération.

« Mais le sieur Roussel ne vous présente pas même un seul acte de cette nature.....

» Dans le Droit, de ce que certains immeubles de la succession du sieur Wargemont père, de ce que les domaines de l'Heure et de Domart avaient été vendus par les héritiers, long-temps avant la vente faite par la dame Savouray de sa part dans le restant, s'ensuit-il que cette vente ne doit pas être considérée comme une vente de Droits successifs? Comment et à quelle fin les héritiers avaient-ils vendu ces immeubles? Ils les avaient vendus, ou plutôt la justice les avait vendus pour eux par licitation, et pour acquitter des dettes de la succession de leur père. Or, détacher d'une succession indivise et non liquidée, des biens que l'on vend de concert ou qu'on laisse vendre par la justice, pour payer des dettes héréditaires, ce n'est certainement pas faire cesser, quant aux biens qui restent en commun, l'état qui constitue ce qu'on appelle une masse de Droits successifs. — Sans doute, cet état aurait cessé dans notre espèce, si, avant ou après la vente par licitation des terres de l'Heure et de Domart, les héritiers avaient déterminé et séparé, par un partage definitif, les portions qui revenaient à chacun d'eux dans les biens restans. — Mais vouloir qu'il n'y eût plus pour eux de succession commune, vouloir qu'il n'y eût plus matière à retrait en cas de vente faite par l'un d'eux de ses Droits dans la succession, sous le prétexte qu'ils avaient commencé par vendre les terres de l'Heure et de Domart pour payer des dettes communes, c'est un système dont la seule absurdité emporte la réfutation complète. — Eh quoi! tous les jours, dans une succession mobilière, on commence par vendre, soit les objets sujets à dépérir, soit les denrées dont le prix est reconnu nécessaire pour acquitter les frais d'enterrement, de scellé et d'inventaire; et l'on prétendrait qu'une fois cette vente faite par les héritiers en commun, ce qui reste des meubles et d'effets mobiliers ne forme plus une masse héréditaire! L'on prétendrait que l'un des héritiers peut vendre ses Droits dans ce qui reste de meubles et d'effets mobiliers, sans que son acquereur soit sujet au retrait successoral! Non, non; jamais de pareilles idées n'ont été mises en avant, et elles ne seraient pas soutenables.

» Autre question de Droit. De ce que, dans le contrat du 1er jour complémentaire an 12, on a eu soin de ne pas prononcer les mots *Droits successifs;* de ce qu'on s'y est attaché au contraire à désigner spécifiquement tous les immeubles et tous les Droits que la dame Savouray vendait au sieur Roussel, peut-on conclure que ce n'est point là une vente generale des Droits de la dame Savouray dans la succession du sieur Wargemont père, mais une vente d'objets certains et déterminés, et par conséquent une vente non sujette au retrait successoral?

» Il n'y aurait là-dessus aucune difficulté, si, pour juger un acte, on devait s'arrêter à l'écorce des

Digitized by Google

mots qui y sont écrits, si l'on ne devait pas pénétrer jusqu'à sa substance. — Mais tel n'est point le vœu de la loi, et tous les textes du Droit nous présentent une doctrine toute opposée. — *Plus valet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur.* Ce sont les termes d'un titre du Code Justinien. *In conventionibus* (dit la loi 219, *de verborum significatione*, au Digeste), *contrahentium voluntatem potiùs quàm verba spectari placuit.* Et l'art. 1156 du Code civil dit, en traduisant cette loi, que « dans les conventions on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

» Or, qu'a fait la dame Savouray, qu'a fait le sieur Roussel, par le contrat dont il est ici question? La dame Savouray a vendu et le sieur Roussel a acheté tout ce qu'elle avait à prétendre dans la succession du sieur Wargemont père. Ce qui a été fait entr'eux, n'est donc pas seulement une vente, un achat d'objets fixes et déterminés; c'est une vente, c'est un achat de Droits successifs.

» Qu'importe que, dans le contrat, on ait affecté de désigner spécifiquement les biens dans lesquels consistaient les Droits successifs de la dame Savouray? Cette précaution, évidemment frauduleuse, ne peut pas changer la nature des choses; elle ne peut pas empêcher que la vente, limitée dans ses expressions à des objets particuliers, ne soit, par le fait, la vente d'une universalité de Droits dans une succession.

» S'il en était autrement, où serait la garantie de la loi contre les artifices que l'on emploierait pour éluder sa disposition? Un cohéritier qui voudrait soustraire au retrait successoral le transport qu'il ferait à un étranger de l'universalité de ses Droits, n'aurait qu'à les désigner tous l'un après l'autre; il lui suffirait même, s'il voulait éviter cet embarras, de dire qu'il vend tous les Droits qui lui appartiennent *en France* dans la succession d'un tel, qui pourtant serait bien connu pour n'avoir laissé aucuns biens hors du territoire français; et d'après cela, sous le prétexte de la vaine possibilité qu'il soit échu au défunt, avant sa mort, une succession dans les parages les plus lointains, on ne manquerait pas de dire qu'il n'a vendu ni l'universalité, ni une quotité de ses Droits successifs. Mais peut-on se jouer ainsi de la loi? Peut-on, par une tournure aussi facile, et qui par-là même deviendrait aussi fréquente, échapper à un Droit que le législateur a cru, dans sa sagesse et pour le repos des familles, devoir réserver aux cohéritiers du vendeur? Non. — « Les lois répriment et punissent (dit Domat, liv. 1, tit. 1, sect. 2), non seulement ce qui blesse évidemment le sens de leurs termes, mais encore tout ce qui, paraissant n'avoir rien de contraire aux mots, blesserait directement ou indirectement leur intention, et tout ce qui serait fait en fraude de la loi et pour l'éluder ». — Et pour nous servir des termes des empereurs Théodose et Valentinien dans la loi 5, *de legibus*, au Code, *non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus, contra legis voluntatem nititur; nec insertas pœnas evitabit qui se contra juris sententiam, salvâ prærogativâ verborum, fraudulenter excusat.*

» Ce que ces législateurs avaient prévu, la dame Savouray et le sieur Roussel l'ont fait: en traitant de tout ce qui appartenait à la première dans la succession du sieur Wargemont père, ils ont masqué leur contrat par des expressions qui lui donnent l'apparence d'une vente d'objets particuliers; et à l'aide de ces expressions, *salvâ prærogativâ verborum*, le sieur Roussel prétend éluder l'art. 841 du Code civil: *se contra juris sententiam fraudulenter excusat.* Mais les tribunaux sont là pour faire tomber le masque, pour dégager la vérité des nuages dont on a voulu l'obscurcir, pour rendre à la loi tout son éclat, toute son autorité; et cette honorable mission, la cour d'appel d'Amiens l'a remplie d'une manière qui ne laisse prise à aucune critique raisonnable.

» Mais, dit le demandeur, l'art. 841 du Code civil n'est applicable qu'au cas où la vente des Droits successifs a précédé le partage à faire entre les cohéritiers. Et ici, il n'y a plus de partage à faire, il était fait long-temps avant mon contrat. Ce qui reste à faire entre la dame de Persan, son père et moi, c'est un simple bornage.

» Le partage était fait long-temps avant le contrat du sieur Roussel! Comment donc a-t-il été fait? en quel lieu? à quelle époque? et qu'est devenu l'acte qui a dû en être dressé?

» Il a été fait, dit le sieur Roussel, par l'acte de foi-hommage que la dame de Persan et son frère puiné ont rendu le 5 avril 1787, à leur frère aîné, pour le quint auquel ils avaient droit dans les biens féodaux de la succession. Cet acte a désiors constaté que la dame de Persan et son frère puiné n'avaient droit dans les biens féodaux, qu'à un quint; et que les quatre autres quints appartenaient à leur frère aîné. Aussi, depuis cet acte, les trois cohéritiers ont-ils constamment joui, savoir, l'aîné de quatre cinquièmes, et les deux puînés d'un dixième chacun du revenu de la totalité des biens.

» Pour raisonner conséquemment, le sieur Roussel devrait aller beaucoup plus loin: il devrait dire que le partage a été fait à l'instant même où le sieur Wargemont père a cessé de vivre; qu'à cet instant précis, la loi a déterminé, par sa seule puissance, les Droits respectifs des trois cohéritiers; qu'elle a donné, à l'un les quatre quints, et aux deux autres le quint restant des fiefs; que des ce moment, il n'a plus fallu entr'eux qu'un simple bornage.

» Et, en suivant le fil de ce raisonnement, on dirait encore que lorsqu'aujourd'hui un mourant laisse deux héritiers collatéraux, l'un du côté paternel, l'autre du côté maternel, il n'y a point de partage à faire entre celui-ci et celui-là; que la loi le fait elle-même, en donnant à chacun des deux héritiers, la moitié des biens du défunt; et que l'on ne doit pas appeler *partage*, mais qualifier

Digitized by Google

de *bornage* l'opération qui doit faire cesser leur indivision.

» Enfin, en raisonnant toujours d'après le même principe, on arriverait à cette conséquence, que l'art. 841 du Code civil n'accorde aux cohéritiers du vendeur de Droits successifs, qu'une faculté illusoire, qu'une faculté qui ne peut jamais se réaliser; puisque la condition qu'y met cet article, est que la vente soit faite *avant le partage*, puisque le partage est toujours opéré de plein droit au moment où s'ouvre une succession.

» De pareilles absurdités ne méritent sûrement pas de réponse. On voit, d'ailleurs, que dans notre espèce, l'acte de foi-hommage du 5 avril 1787 n'a rien ajouté aux dispositions de la loi sur les Droits respectifs des trois cohéritiers; qu'il n'a fait qu'énoncer les quotités qui devaient appartenir à chacun des trois cohéritiers dans les fiefs du père commun; que la jouissance qui s'en est ensuivie pour les revenus, n'a pas rompu l'indivision quant aux fonds; et que conséquemment le partage est encore à faire aujourd'hui, comme il l'était le 5 avril 1787, comme il l'était à la mort du sieur Wargemont père.

» Il y a plus: l'acte du 5 avril 1787, et le mode de jouissance qui s'en est ensuivi pour les revenus, ne sont relatifs qu'aux biens féodaux: ils n'ont pas dispensé l'aîné de justifier quels sont, dans la succession du père commun, les biens qui, à l'époque de son ouverture, étaient possédés comme fiefs; et vous savez, messieurs, que dans le doute, la féodalité ne se présumait pas, même dans les coutumes soumises à la règle *nulle terre sans seigneur*, parceque le seul effet de cette règle était de repousser la présomption de l'allodialité, parceque le seul effet de cette règle était de faire présumer tenu en censive, et par conséquent en roture, l'immeuble dont on ignorait la véritable nature.

» Ainsi, aujourd'hui encore, un partage est indispensable, non seulement pour assigner divisément à chacun des cohéritiers ce qu'il a par indivis dans les biens ci-devant féodaux, mais encore pour distinguer ce qui était féodal avant 1789, d'avec ce qui ne l'était pas; mais encore pour distinguer les biens dans lesquels l'aîné doit prendre les quatre quints, d'avec ceux où il n'a droit qu'au tiers.

» Et assurément, dans toutes les opérations que comporte un tel partage, il est bien intéressant pour les puînés qu'un étranger ne vienne pas se placer entre eux, interroger tous les papiers de leurs familles, faire régler avec eux des prétentions épineuses et obscures; en un mot, les vexer, les tourmenter par des procès dont il est impossible de prévoir le terme. — C'est donc bien ici le cas de l'art. 841 du Code civil. — Notre cinquième question a donc été bien jugée par la cour d'appel d'Amiens.

» Mais cette cour a-t-elle également bien jugé, en déclarant que le château de Ribeaucourt ne devait pas être excepté du retrait successoral de la dame de Persan?

» Le sieur Roussel attaque cette disposition, sur le fondement qu'aux termes de la coutume d'Amiens, le château de Ribeaucourt appartenait, par préciput, à l'aîné des cohéritiers; que, par l'effet de ce préciput, le château de Ribeaucourt était, pour les puînés, un objet auquel ils n'avaient aucun droit, et qui leur était absolument étranger; que dès-là, l'aîné n'était point à cet égard cohéritier de son frère et de sa sœur; qu'ainsi la dame Savouray, en vendant, comme donataire universelle de l'aîné, le château de Ribeaucourt et ses dépendances, n'avait vendu rien qui, relativement au frère et à la sœur de son mari, pût être réputé faire partie d'une succession commune entre eux et elle. — Mais il se présente une réponse péremptoire.

» Le frère aîné de la dame de Persan n'a pu prendre le château de Ribeaucourt par préciput, qu'en se rendant héritier de son père: car les qualités de précipué et d'héritier sont inséparables l'une de l'autre. A la vérité, on peut être héritier sans préciput; mais il est impossible de concevoir l'idée d'un préciput, sans y lier celle d'une hérédité à laquelle on prend part. C'est ce que remarque Théophile, l'un des rédacteurs des Institutes de Justinien, dans ses propres Institutes, titre *de Legatis*, §. 2: Il est indubitable, dit-il, que le préciput suppose une portion dans l'hérédité qui en souffre le prélèvement: *præcipuum non dubiè declarat partem aliquam hereditatis.* — Et de là il suit nécessairement que l'héritier précipué est, même quant à son préciput, le coheritier de ceux qui viennent avec lui à la succession. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'on pût séparer son titre d'héritier de son préciput: or, cela est impossible; comme précipué, il est héritier; comme héritier, il est cohéritier de ses copartageans; il est donc cohéritier de ses copartageans comme précipué: *quæ sunt eadem uni tertio, sunt eadem inter se.*

» Comment, d'après cela, le préciput, lorsque l'aîné vend tous ses Droits successifs, ne serait-il pas sujet au retrait de la part de ses frères et sœurs? — D'un côté, l'art. 841 du Code civil soumet au retrait tout ce qui compose le Droit du vendeur dans la succession; il y soumet donc le préciput. — D'un autre côté, le même article accorde le retrait aux *cohéritiers* du vendeur; il l'accorde donc aux puînés dans le cas dont nous parlons, puisque les puînés sont même, quant au préciput, les cohéritiers de leur frère.

» Qu'importe que, leur frère ne vendant pas ses Droits successifs, les puînés n'aient rien à prétendre dans le préciput? — Ils ont cela de commun avec l'héritier de la ligne paternelle qui n'a rien à prétendre dans les biens affectés à la ligne maternelle, et qui cependant, lorsque l'héritier de celle-ci vend ses Droits successifs, est admis à en faire le retrait sur les acquéreurs, parceque, comme le dit Le Brun, *des Successions*, liv. 3, chap. 2, sect. 3, n. 69, *si les héritiers de diverses lignes ne sont pas tous cohéritiers dans les biens, ils le sont dans la suc-*

Digitized by Google

cession. — Ils ont encore cela de commun avec l'héritier qui, avant la loi du 17 nivose an 2, n'était appelé qu'aux propres ou aux acquêts. L'héritier des acquêts n'avait rien à réclamer dans les propres, comme l'héritier des propres n'avait rien à réclamer dans les acquêts : mais ils n'en venaient pas moins à la même succession ; ils n'en étaient pas moins cohéritiers; et de là le retrait successoral, en cas que l'un des deux cédât ses droits à un étranger. Écoutons là-dessus les nouveaux éditeurs de Denizart, aux mots *Droits successifs:* — « Quiconque a intérêt d'empêcher un cessionnaire étranger de venir approfondir les secrets d'une famille, et mettre des entraves au partage, a droit de retraire. Ainsi..... un héritier des propres peut retraire une cession de Droits successifs dans les acquêts, parcequ'il a l'intérêt commun à tous les cosuccesseurs, d'empêcher l'étranger d'entrer dans les secrets de la famille; et que d'ailleurs, quoiqu'il ne partage pas avec lui dans les mêmes biens, il a néanmoins des occasions de démêlés avec lui, telles que les questions qui peuvent s'élever sur la nature des biens, sur la contribution aux dettes, etc. »

« Vous êtes sans doute frappés, messieurs, de la justesse avec laquelle ces raisons s'appliquent ici.

» 1°. La dame de Persan et son frere puiné viennent à la même succession que leur frère aîné ; et ils sont ses cohéritiers, même en le considérant comme précipué.

» 2°. La dame de Persan et son frère puiné *ont des occasions de démêlés* avec leur frère aîné, ou du moins avec la personne qui le représente, même au sujet de son préciput. — Ils en ont pour la contribution aux dettes; ils en ont pour la détermination de ce qu'on doit entendre par les *château, parc* et *accins* de Ribeaucourt.

» Nous disons d'abord qu'ils ont des occasions de démêlés avec le représentant de leur frère aîné, pour la contribution de son préciput aux dettes de la succession commune; car il n'est pas vrai, quoi qu'en dise le demandeur, que le preciput de leur frère ne doive entrer pour rien dans cette contribution. L'art. 334 de la coutume de Paris décide le contraire ; mais sa disposition ne peut pas faire loi dans la coutume d'Amiens, dont l'art. 80, en déclarant que les puînés ne contribuent aux dettes, à raison de leur quint dans les fiefs, que *prorata de l'émolument tant seulement*, fait clairement entendre que l'aîne doit y contribuer pour tout ce qu'il recueille, soit à titre de portions avantageuses, soit à titre de préciput; et telle est la doctrine de Deheu en son commentaire sur cet article. C'est, d'ailleurs, un point jugé entre les parties; car, le 25 prairial an 12, la dame de Persan et son frère puiné, ont obtenu contre la dame Savouray au tribunal de première instance du département de la Seine, un jugement contradictoire qui, *attendu qu'il y a nécessité de faire des fonds disponibles pour l'acquit des dettes et charges de la succession du sieur Wargemont père*, ordonne *qu'à la diligence du demandeur*, le frère puiné de la dame de Persan, *il sera procédé à la vente par licitation du CI-DEVANT CHATEAU DE RIBEAUCOURT, et de bois, terres et prés en dépendans;* et le demandeur nous apprend lui-même que la dame Savouray n'a appelé ce ce jugement qu'en brumaire an 13, c'est-à-dire, long-temps après l'expiration du délai de la loi.

« Nous disons ensuite que la dame de Persan et son frère puiné ont des *occasions de démêlés* avec le représentant de leur frère aîné, pour la détermination de ce qui compose les *parc et accins* du château de Ribeaucourt; et nous le disons d'après l'arrêt attaqué ». — Il a été articulé par la dame de Persan (ce sont les termes de la cour d'appel d'Amiens), que l'ancienne consistance des accins avait été changée par Louis-Aymard de Wargemont, qui y avait fait beaucoup d'augmentations et d'améliorations, ce qui devait donner lieu à des contestations; et sans en convenir, Roussel a cependant reconnu que les accins avaient reçu l'augmentation d'une pièce de cinq journaux appelée *le Quinconce*, et qu'il y avait été fait des constructions et démolitions qui en avaient changé l'état ».

» Ainsi, à tous égards et sous tous les rapports, il a été bien jugé par le sixième chef de l'arrêt attaqué.

» Reste le septième, qui décide que la dame de Persan doit rembourser au sieur Roussel, non le capital de la rente viagère que celui-ci avait constituée par son contrat à la dame Savouray, mais seulement les arrérages qu'il a réellement payés de cette rente, avant que la mort de la dame Savouray l'eût éteinte.

» Le sieur Roussel prétend que par cette manière de juger, la cour d'appel d'Amiens a violé les dispositions de l'art. 841 du Code civil qui n'admet le cohéritier à retraire sur l'acquereur étranger, qu'à la charge de lui rembourser *le prix de la cession*. « Quel est en effet, dit-il, dans mon contrat le prix de la cession que m'a faite la dame Savouray? Ce prix se compose de deux sommes distinctes : de 200,000 francs que je m'oblige de payer aux créanciers de la succession du sieur Wargemont fils aîné; et de 72,400 francs pour lesquels je constitue à la dame Savouray une rente viagère de 8,000 livres tournois. — De ces deux sommes, la première ne m'est pas due, parceque je ne l'ai pas encore payée. Mais le remboursement de la seconde ne peut pas m'être contesté, car je suis censé l'avoir payée moi-même à la dame Savouray, et la dame Savouray est censée me l'avoir rendue pour prix de la rente viagère que je lui ai constituée.

» Mais d'abord, observons bien qu'il y a, quant au remboursement du *prix de la cession*, une parfaite analogie entre l'action que l'art. 841 du Code civil accorde aux cohéritiers contre l'étranger acquéreur d'une quotité de Droits successifs, et l'action en retrait que nos coutumes accordaient ci-devant, soit aux parens de la ligne des propres, soit aux seigneurs immédiats des fiefs et des censives vendus. Nos coutumes imposaient, tant au

Digitized by Google

retrayant par Droit de ligne, qu'au retrayant par Droit feodal, l'obligation de rembourser à l'acquéreur le prix de son acquisition; et s'il existe, à cet égard, quelque différence entre l'art. 841 du Code civil et les coutumes, c'est que celles-ci entouraient cette obligation de formalités extrêmement minutieuses, et dont la moindre emportait déchéance, en cas d'omission, au lieu que l'art. 841 du Code civil ne prescrit rien de semblable.

» Or, cette obligation, comment, dans l'ancienne jurisprudence, le retrayant devait-il la remplir, lorsque le prix de la vente consistait dans une rente viagère? Était-il tenu de rendre à l'acquéreur le capital de cette rente? Non, et nous en trouvons la preuve dans deux arrêts du parlement de Paris.

» Le premier, du 5 mars 1657, est rapporté par Soefve, tom. 2, cent. 1, ch. 60. Le sieur Lemaitre avait vendu aux religieux de Sainte-Geneviève, moyennant une somme de 1,000 livres payée comptant et une rente viagère de 450 livres, deux moities de maison qui lui tenaient nature de propric. — Quelques jours après la passation du contrat, un parent du vendeur fit assigner les religieux en retrait lignager, avec offre de leur rembourser la somme de 1,000 livres et de se charger de la rente viagère. Les religieux soutinrent que l'acte n'était point une vente, quoiqu'il en portât le nom, mais une donation entre-vifs, et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu au retrait. Le châtelet le jugea effectivement ainsi. Mais sur l'appel, « conformément aux conclusions de M. l'avocat général Talon, la sentence fut infirmée, et le retrait adjugé à l'appelant, *en satisfaisant par lui aux clauses et conditions du contrat* ».

» Le second arrêt nous est retracé en ces termes par Rousseaud de La Combe, aux mots *retrait-vente à charge de pension viagère*: « Par arrêt du 27 mars 1727, au rapport de M. l'abbe Pucelles, juge que le retrayant ne doit rembourser à l'acquéreur que les arrérages de la pension viagère qu'il a payés jusqu'au décès du vendeur. Les sieurs et dame de Pontrincourt (demandeurs en retrait) offraient au chevalier Landais (défendeur) les arrérages de la pension viagère échus au décès du vendeur; le chevalier Landais demandait une estimation de la pension viagère; mais par cet arrêt, les offres furent déclarées valables ».

» Le Journal des audiences du parlement de Bretagne, tome 1, chap. 1, nous offre un arrêt de cette cour du 29 mai 1732, qui juge pareillement, « qu'en vente faite à la charge d'une rente viagère, le retrait a lieu, quoique le vendeur refuse d'accepter l'obligation du retrayant dans la place de l'acquéreur; que sur ce refus du vendeur, le retrayant est obligé de donner caution pour sûreté de la rente viagère; et que ce cautionnement suffit pour décharger l'acquéreur de l'obligation portée par le contrat de vente ». — M. l'avocat général de La Chalotais, qui portait la parole dans cette affaire, observa même que la question avait déjà été ainsi jugée par *un arrêt de ce parlement, entre le sénéchal de Saint-Brieux et le sieur Bonecuelle* ».

» Inutile d'objecter que dans ces différentes espèces, la vente était faite à la charge d'une rente viagère sans capital déterminé; au lieu qu'ici la vente a eu lieu moyennant un capital de 72,000 fr.; qu'à la vérité, par une novation écrite dans le contrat même, l'obligation d'acquitter ce capital a été remplacée par celle de payer une rente viagère à la venderesse; mais que cette novation n'a été stipulée qu'au profit du sieur Roussel; et que le retrayant n'en peut tirer aucun avantage.

» Quel a été le motif des quatre arrêts cités? C'est, comme le dit Rousseaud de La Combe, (article *Retrait-Retrayant*, n. 3), d'après Tiraqueau et Dumoulin, que « le retrayant entre *in omne jus et incommodum emptoris, vice fungitur emptoris, in eum transfunditur et transfertur contractus*; la personne de l'acquereur n'est plus considerée; le retrayant, suivant un arrêt du 29 novembre 1605, rapporté par Leprêtre, *post retractum, quoad modos, conditiones et onera contenta in contractu, et ipsum concernentia, censetur emptor et subrogatur in locum emptoris; et in omnibus et per omnia idem habetur, ac si emisset à venditore* ». — Or, ce motif s'applique tout aussi-bien au cas où la reute viagère a un capital fixé par le contrat, qu'à celui où elle n'en a point: dans l'un comme dans l'autre, le retrayant prend la place de l'acquéreur, *in omnibus et per omnia*; dans l'un comme dans l'autre, le retrayant est censé avoir traité directement avec le vendeur; dans l'un comme dans l'autre, par conséquent, son sort doit être le même que s'il eût personnellement contracté envers le vendeur l'engagement de lui payer une rente viagère.

» Et que s'ensuivrait-il de la prétendue novation dont excipe le sieur Roussel? que s'ensuivrait-il de l'assertion consignée dans son mémoire, que cette novation n'a été stipulée qu'à son profit, et que lui seul doit en recueillir tout l'avantage? Il faudrait en conclure que si la venderesse vivait encore, le sieur Roussel pourrait exiger de la dame de Persan le remboursement du capital de la rente viagère, en se chargeant d'en acquitter lui-même les arrérages au fur et à mesure qu'ils écherraient. Mais un pareil système serait-il soutenable? La venderesse conserverait nécessairement sur les biens vendus le privilege que la loi attache à sa rente viagère; et qui garantirait la dame de Persan des poursuites de la venderesse, en cas que le sieur Roussel manquât à ses obligations envers celle-ci?

» Après tout, s'il était vrai qu'une novation eût été stipulée dans le contrat par rapport à la partie du prix qui se trouve constituée en rente viagère, il le serait aussi et il le serait nécessairement, que par l'effet du retrait successoral, cette novation, qui aurait été une des conditions de la vente, devrait être censée stipulée par la dame de Persan elle-même; et par conséquent que le profit en appartiendrait à la dame de Persan, puisque c'est elle-même qui, aux yeux de la loi, est reputée avoir

Digitized by Google

acquis de la dame Savouray. *In omnibus et per omnia idem habetur, ac si emisset à venditore.*

» Il est au surplus très indifférent que la dame de Persau n'ait intenté son action en retrait successoral, qu'après la mort de la venderesse, et par suite qu'après l'extinction de la rente viagère.

» D'une part, il est certain que cette circonstance n'a pas pu former obstacle au retrait successoral; aussi n'est-ce pas sous ce rapport que le sieur Roussel critique l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens.

» D'un autre côté, il faut toujours en revenir à ce principe régulateur de toute la matière des retraits, que l'acquéreur évince par un retrayant, n'a droit qu'à une juste et parfaite indemnité de tout ce que lui a réellement coûté son acquisition. Ainsi, que l'éviction ait eu lieu avant, ou qu'elle n'ait eu lieu qu'après la mort du créancier de la rente viagère qui forme le prix de la vente, la condition de l'acquéreur doit toujours être la même: dans un cas comme dans l'autre, il lui est dû une juste et parfaite indemnité; mais aussi dans un cas comme dans l'autre, il ne lui est rien dû au-delà.

» Et c'est ce qu'établit nettement Rousseaud de La Combe à l'endroit cité. Après avoir rappelé la maxime que, par l'effet du retrait, le retrayant est censé avoir lui-même traité directement avec le vendeur, il ajoute, et ce qu'il y a de remarquable, il ajoute comme chose jugée par l'arrêt du 27 mars 1727 auquel il renvoie: « Ainsi, si le vendeur qui a vendu à pension viagère, meurt *avant ou depuis le retrait intenté*, le retrayant n'est obligé de rembourser à l'acquéreur, que les quartiers ou arrérages de la rente ou pension viagère échus au décès du vendeur ».

» Mais indépendamment de cette doctrine, et outre que si on peut la combattre par des autorités contraires, on ne peut du moins lui opposer aucune disposition législative, il y a, dans notre espèce, une circonstance particulière, qui seule suffirait pour appeler la plus grande faveur sur la détermination qu'a prise la cour d'Amiens: c'est que la dame de Persau et son frère n'avaient pas attendu la mort de la venderesse pour manifester leur intention d'exercer le retrait successoral; c'est qu'ils avaient, dès le 23 vendémiaire an 13, fait signifier au sieur Roussel un acte par lequel, en le sommant de leur délivrer une copie entière de son contrat, ils se plaignaient de ce qu'il ne leur en avait donné qu'un extrait absolument incomplet, et de ce que par-là il les *laissait dans l'impossibilité de prendre un parti sur la faculté que leur donne l'art. 841 du Code civil, d'écarter ledit Roussel du partage, en lui remboursant sa mise, s'il était vrai que ledit contrat fût sérieux et susceptible d'exécution, ce que les requérans sont bien éloignés de reconnaître.*

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur et de le condamner à l'amende ».

Arrêt du 1er décembre 1806, au rapport de M. Poriquet, par lequel, — « Attendu 1°. que c'est comme héritier que l'aîné a droit au préciput qui fait partie de la succession comme les autres biens meubles et immeubles délaissés par le défunt; et qu'ainsi l'arrêt dénoncé n'a pas pu violer la loi, en ne faisant pas de distinction dans l'application de l'art. 841 du Code civil, entre le château de Ribeaucourt et les autres immeubles compris au contrat de vente du 1er jour complémentaire an 12; — Attendu 2°. que l'arrêt dénoncé déclare constant en fait, que *la vente faite à Paul-Antoine Roussel n'est pas une vente d'objets certains et déterminés..... ; que cette vente, malgré l'espèce de désignation portée au contrat, est une vente d'universalité d'immeubles, une véritable vente de Droits successifs;* — Que ce point de fait qui, dans l'arrêt dénoncé, est le résultat de l'interprétation faite par les juges de la cour d'appel, de l'acte du 1er jour complémentaire an 12, du rapprochement et de la combinaison de ses diverses dispositions, des déclarations respectives des parties, du dépouillement des états de la succession et des autres pièces produites au procès, ne peut être remis en question devant la cour de cassation; — Que d'après ce fait, sur lequel la cour d'appel a pu statuer sans contrevenir à la loi, il est évident que l'arrêt dénoncé a fait une juste application à la vente dont il s'agit, de la disposition de l'art. 841 du Code civil, en autorisant les cohéritiers de Wargemont aîné, représenté par sa donataire universelle, à écarter Roussel du partage auquel son contrat d'acquisition lui donnait le droit d'être présent, et qu'il aurait même pu provoquer malgré les héritiers; — Attendu 3°. que le cohéritier qui exerce l'espèce de retrait autorisé par l'art. 841 du Code civil, est censé avoir traité directement avec le vendeur, et doit être par conséquent mis à son égard dans l'état où avait été l'acquéreur au moment de son acquisition; — Que d'ailleurs, dans l'espèce, Roussel pouvait d'autant moins prétendre au remboursement des 72,000 liv. restées entre ses mains, pour servir de capital à la rente viagère dont il s'agit, qu'il n'aurait pas pu payer cette somme à sa venderesse au préjudice des créanciers, à qui la cohéritière subrogée à ses droits, serait tenue de la représenter; — Qu'enfin la cour d'appel d'Amiens a pu, sans violer aucune loi, ne faire aucune distinction entre une vente faite à rente viagère et une vente faite moyennant une somme déterminée laissée entre les mains de l'acquéreur à rente viagère; d'où il suit que le troisième et dernier moyen n'est pas plus fondé que les autres; — La cour rejette..... »]]

X. La demande en subrogation n'est pas sujette aux formalités de l'action en retrait lignager: cette demande s'exerce comme toutes les autres demandes ordinaires; il n'y a point de délai fatal après lequel on ne soit plus recevable à la former. On peut toujours, pendant que les choses sont encore entières, exciper de la faculté qu'on a d'écarter

Digitized by Google

un étranger cessionnaire, lorsqu'il se présente; cette exception dure autant que l'action de l'acquéreur. *V. Droits litigieux*, n. 8.

XI. Remarquez que ce que nous venons de dire des Droits entre cohéritiers, ne reçoit pas toujours d'extension à des Droits entre copropriétaires seulement. On peut être copropriétaire sans être cohéritier, quoiqu'on ne puisse pas être cohéritier sans être copropriétaire. Supposons, par exemple, que vous et moi soyons devenus acquéreurs d'une succession vacante vendue sur un curateur; s'il me plaît de céder ma portion à un tiers, vous serez obligé de partager avec lui, tout comme vous l'auriez fait avec moi; ce n'est point alors le cas d'exciper de la subrogation introduite en faveur des cohéritiers par les lois dont nous avons parlé, parceque, dans l'espèce dont il s'agit, nous sommes simplement copropriétaires sans être cohéritiers. Il en serait à plus forte raison de même si, au lieu d'une succession, nous nous étions rendus coacquéreurs d'un ou de plusieurs domaines déterminés.

[[C'est sur le même principe qu'est fondé un arrêt récent de la cour de cassation.

En pluviose an 2, le sieur Paysan-Lafosse meurt à Louviers, laissant cinq enfans. — En ventose an 6, les cinq enfans partagent sa succession, et font, dans l'acte qu'ils en dressent, une reserve ainsi conçue : « Les héritages composant les fermes de Bois-Gauthier et de Grimonval, en integrité, ne sont compris dans les présens lots, attendu qu'il existe un procès qui a retardé jusqu'à ce jour le paiement du prix de l'acquisition desdites fermes, pourquoi il est sursis à les partager jusqu'à la décision définitive de ce procès; — toutes les sommes de deniers qui se trouveront par l'evènement de ce procès, à la charge de la cohérie, seront payées par les copartageans, par portions égales ». — Ce procès terminé, trois des héritiers vendent au sieur Glaizot, avoué au tribunal de première instance de Paris, leurs Droits indivis dans les domaines de Bois-Ganthier et de Grimonval. — L'un des deux autres offre au sieur Glaizot le remboursement du prix de ces cessions; et sur son refus de les accepter, le fait assigner au tribunal de première instance de Louviers. — Le 9 fructidor an 13, jugement par lequel, « considerant que, sous une législation qui a généralement proscrit tous les anciens Droits de clameur, retrait lignager, successoraux, de convenance et autres, qui pourraient entraver le commerce entre les citoyens, le Droit de subrogation résultant de l'art. 841 du Code, étant une exception, la règle générale ne peut avoir d'extension au-delà des bornes de la loi; — considerant que pour fixer ces bornes, il ne suffit pas de connaître les expressions dont elle se sert, puisque les deux parties les appliquent à leurs prétentions; qu'il faut donc en chercher le sens dans l'esprit du législateur, dont la volonté est nécessairement une; — considérant que la subrogation autorisée par l'art. 841, n'est pas un Droit nouveau; qu'elle est une suite de l'ancienne jurisprudence qui, pour empêcher que l'étranger ne s'immisce dans le secret des familles, n'accorde le Droit de subrogation que contre celui qui prendrait le titre et la qualité de successeur *in universum jus et causam*, parceque l'héritier lui aurait cédé tout son Droit. — Considérant en fait, 1°. que chacun des cohéritiers Paysan-Lafosse, en traitant avec le sieur Glaizot, ne lui a point cédé son Droit à la succession, mais seulement sa part pour un cinquième dans des immeubles qui, après partage fait du reste de la succession, avaient été reservés pour être le gage des créanciers auxquels le prix est dû; 2°. que le sieur Glaizot n'a point acheté de Droits litigieux, puisque la propriété desdits immeubles est acquise aux héritiers Paysan-Lafosse par jugement souverain; et que les discussions qui pourront s'élever en l'état d'ordre, seront étrangères audit Glaizot comme au cinquième heritier »; le tribunal de Louviers décharge le sieur Glaizot de la demande formée contre lui. — Appel. La cour de Rouen, *adoptant les motifs des premiers juges*, met l'appellation au neant. — Recours en cassation contre cet arrêt. — Le demandeur critiquait avec avantage le motif du jugement du tribunal de Louviers, adopté par la cour d'appel, duquel il résulterait que l'art. 841 du Code civil ne serait applicable qu'à l'étranger cessionnaire de *l'universalité* des Droits d'un cohéritier dans une succession. Il est certain, en effet, que sous les mots *son Droit à la succession*, l'art. 841 comprend aussi bien une quotité que l'intégrité de ce Droit : *ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Mais ce n'était pas une *quotité* du Droit de ses cédans *à la succession* du sieur Paysan-Lafosse, qu'avait acquis le sieur Glaizot; il n'avait acquis qu'une *quotité* du Droit de ses cédans dans des objets, qui, bien qu'encore indivis, étaient déterminés. — Aussi est-il intervenu, le 9 septembre 1806, an rapport de M. Cassaigne, arrêt qui, « considérant que l'art. 841 du Code civil ne s'applique point aux ventes de corps certains et déterminés, et que dans l'espèce, il s'agit de ventes d'immeubles de cette nature, ainsi que l'arrêt attaqué le décide, rejette..... » *V.* l'arrêt du 19 août 1806, rapporté à l'article *Droits litigieux*, n° 1; *Retrait de communion, Retrait d'esclèche* et *Retrait de fraresteté*.]]

XII. Mais que penser du cas où, s'agissant d'une communauté ou d'une société entre plusieurs personnes, l'un des communs ou associés viendrait à céder sa portion à un étranger : les autres associés auraient-ils le droit d'offrir à cet étranger le remboursement de sa cession? Nous pensons que, quoiqu'il ne fût point question d'hérédité, néanmoins, comme les motifs qui ont fait introduire la subrogation en faveur des cohéritiers, militeraient également en faveur des communs ou des associés, il n'y aurait aucune difficulté à autoriser le remboursement du cessionnaire; autrement, les premiers seraient exposés à mettre tous leurs secrets et toutes leurs affaires à découvert; ce qui pourrait préjudicier, sur-tout en fait de commerce, autant à leur fortune qu'à leur tranquillité. (M. DAREAU.)

Digitized by Google

[[Cette opinion, qui (hors des coutumes qui l'adoptaient formellement) aurait souffert beaucoup de difficultés dans l'ancienne jurisprudence, ne serait certainement pas accueillie sous le Code Napoléon. L'art. 841 de ce Code limite sa disposition aux cohéritiers; et ce serait en faire un étrange abus, que de l'étendre aux communs ou associés. On ne doit pas oublier d'ailleurs que la loi du 13 juin 1790 abolit indistinctement toute espèce de *retrait de communion*.]]

* DUC, DUCHÉ. Le mot *Duc* vient *à ducendo*, et signifie, suivant son étymologie, celui qui conduit ou qui commande. Les premiers Ducs, *Duces*, étaient des commandans d'armées, *ductores exercituum*.

I. La qualité de Duc était une dignité sous le bas-empire. Les gouverneurs des provinces eurent cette qualité sous les derniers empereurs. Cassiodore rapporte que le premier gouverneur qui fut décoré de la dignité de Duc, fut un Duc de la Marche-Rhétique ou du pays des Grisons.

L'histoire nous apprend qu'il fut établi treize Ducs dans l'empire d'Orient et douze dans l'empire d'Occident. La plupart de ces Ducs étaient ou des généraux romains, ou des descendans des rois du pays auxquels on avait enlevé la qualité de rois, en leur laissant une partie de leur ancienne autorité, sous la dépendance de l'empire. — Les Gots et les Vandales, lors de leur invasion dans les provinces de l'empire d'Occident, abolirent les dignités romaines; mais les Francs, pour plaire aux Gaulois qui avaient été long-temps accoutumés à cette forme de gouvernement, eurent la politique de les laisser subsister: aussi voit-on dans l'histoire, qu'ils divisèrent les Gaules en Duchés et en comtés, et qu'ils donnèrent le nom de Ducs et de comtes à ceux qu'ils en firent gouverneurs.

En Angleterre, on appelait anciennement les officiers et les généraux d'armée, *Ducs*. Ce titre fut éteint lorsque Guillaume le Conquérant vint en Angleterre; et il ne fut rétabli que sous le règne d'Edouard III, qui créa Duc de Cornouaille, Edouard, auquel on donnait auparavant le nom de *prince noir*. Le même roi érigea en Duché, en faveur de son quatrième fils, le pays de Lancastre. Dans la suite, cette dignité fut multipliée et rendue héréditaire. Les Ducs étaient créés avec beaucoup de solemnité. — En Angleterre, les Ducs ne conservent aujourd'hui de leur ancienne splendeur que la couronne ducale qu'ils placent sur l'écusson de leurs armes.

Le titre de Duc, en Allemagne, est une marque de souveraineté. — Cette qualité est très commune en Italie, sur-tout à Rome et dans le royaume de Naples; mais elle est presque inconnue dans les royaumes du Nord: cependant les frères du roi de Suède portent le titre de *Ducs*.

Sous la deuxième race de nos rois, il y avait très peu de Ducs en France, quoiqu'on y eût conservé les noms et la forme du gouvernement des Ducs. Il n'y avait alors que les Ducs de Bourgogne et d'Aquitaine et le Duc de France. On donnait aux autres grands seigneurs les noms de *comtes, pairs* ou *barons*. La dignité de Duc, sous la deuxième race de nos rois, avait les prérogatives de celle de maire du palais, ou de lieutenant-général du roi. Le titre de Duc donnait un pouvoir presque égal à celui du souverain. Hugues l'Abbé, père de Hugues Capet, avait été revêtu de cette dignité, ainsi que Hugues Capet même.

Les gouverneurs des provinces prirent dans la suite le titre de Ducs, et profitèrent de l'autorité que cette dignité leur donnait et de la faiblesse des rois, pour envahir la souveraineté des provinces qui leur avaient été confiées. *V. Bar.*

Dans la suite, le nom de Duc n'a plus été qu'un simple titre de dignité affecté à une personne et à ses hoirs mâles, sans lui donner aucun domaine, ni juridiction sur le pays auquel la qualité de Duché est attachée. Tous les avantages de ce titre consistent dans le nom et dans la préséance qu'il donne.

II. Les Dues sont créés par des lettres-patentes qui doivent être enregistrées à la chambre des comptes. Il y a des Ducs de trois espèces: savoir, les Ducs et pairs, les Ducs héréditaires non pairs, et les Ducs à brevet.

Les premiers tiennent le premier rang, et forment la classe la plus nombreuse.

Les deuxièmes sont ceux qui possèdent des Duchés simples non pairies. Ces Duchés ne donnent à ceux qui en sont propriétaires que les honneurs du Louvre et dans les maisons du roi.

Les Ducs à brevet n'ont d'autres prérogatives que celles de porter le titre de Duc, et de jouir des honneurs attachés à cette qualité dans les maisons royales. Le titre de Duc à brevet n'étant qu'une grace personnelle que le souverain accorde à un particulier, il s'éteint à la mort de celui qui a obtenu cette faveur.

Les Ducs et pairs, les Ducs héréditaires non pairs, et les Ducs à brevet ont également le droit de placer sur l'ecusson de leurs armes la couronne ducale, et de l'entourer du manteau ducal. Cette prérogative est la marque distinctive à laquelle on reconnaît les Dues. Les présidens à mortier des parlemens ont aussi le droit d'entourer leur écusson du manteau ducal; mais il y a cette différence entr'eux et les Ducs, qu'ils placent au-dessus du manteau ducal un mortier.

III. On appelle *Duché* une seigneurie considérable, érigée en dignité, et mouvante immédiatement de la couronne.

Il y a deux sortes de Duchés, les Duchés simples et les Duchés pairies.

Comme les Duchés sont les premiers fiefs du royaume, ils ne peuvent exister sans lettres-patentes d'erection. Ces lettres doivent être vérifiées par le parlement.

L'antiquité du Duché donne le rang à la cour, comme l'antiquité de la pairie le donne au parlement.

Suivant l'édit du mois de juillet 1566, il ne peut

Digitized by Google

être fait aucune érection des terres et seigneuries en Duché, qu'à la charge de leur réunion à la couronne à défaut d'hoirs mâles.

Malgré la rigueur de cette disposition, il dépend du roi d'apposer telles conditions qu'il juge à propos à l'érection; mais il faut qu'il déroge expressément à l'édit de 1566.

[IV. Un père, à qui un contrat de mariage et les réserves coutumières lient les mains pour toute disposition qui avantagerait un de ses enfans au préjudice des autres, peut-il changer, en faveur de cet enfant, l'ordre successif d'une de ses terres, en la faisant ériger en Duché par des lettres-patentes obtenues du roi et enregistrées au parlement? Voici une espèce dans laquelle cette question a été agitée.

Le feu Duc de Lorges avait deux filles: il a marié l'aînée au vicomte de Choiseul, en 1754; et, par le contrat de mariage, il s'est obligé de n'avantager à son préjudice aucun de ses autres enfans. Il avait alors un fils en bas âge, qui est mort trois mois après.

La seconde fille du Duc de Lorges a été mariée à Jean-Laurent de Durfort-Civrac, qui prit le nom de comte de Lorges en se mariant, et qui est aujourd'hui le Duc de Lorges.

Le feu Duc de Lorges, par son testament, a institué ses deux filles « ses héritières et légataires universelles, pour partager sa succession suivant les lois et coutumes des lieux où les biens sont situés; le tout néanmoins suivant les clauses et conditions énoncées dans leurs contrats de mariage ».

La fortune du Duc de Lorges consistait presque tout entière dans la propriété de la baronnie de Quintin, située en Bretagne, l'une de celles qui donnent la présidence aux états sans élection. Tout le monde sait que la coutume de Bretagne, qui assure de grands avantages aux aînés ou aînées nobles, sur-tout dans les anciennes baronnies, est très impérieuse; qu'elle ne laisse presque rien à la disposition de l'homme; qu'elle défend expressément au père de rien donner à sa fille, et qu'elle prononce contre le gendre la même incapacité.

Cette terre avait été érigée en Duché héréditaire pour son grand-père, le maréchal de Lorges. Ce Duché s'est nécessairement éteint à la mort du feu Duc de Lorges, dernier des mâles qui y étaient appelés. Cependant Louis XV l'a érigée de nouveau en faveur du comte de Lorges, sur la démission de son beau-père, par lettres-patentes de 1775. Cette nouvelle érection ne devait avoir sou effet que dans le cas de l'extinction de la branche actuelle de Durfort-Lorges.

Après la mort du Duc de Lorges, beau-père, le vicomte et la vicomtesse de Choiseul ont demandé le rapport des lettres-patentes de 1775, comme contraires à la coutume et à leur contrat de mariage.

Voici ce que leur a opposé le Duc (ci-devant comte) de Lorges.

« L'ancien titre du Duché de Lorges allait s'éteindre: le roi a voulu le perpétuer par une nouvelle érection; il a voulu en même temps qu'elle assurât à celui des gendres du feu Duc de Lorges, qui portait son nom, et aux mâles nés de la fille qu'il avait épousée, le titre, les honneurs et la glèbe de ce nouveau Duché. Tel a été l'objet, telles sont les dispositions des lettres-patentes de 1775, qui, obtenues non seulement du consentement, mais sur la demande même du propriétaire, ont été enregistrées sans réclamation au parlement de Bretagne.

» Le feu roi, par ses lettres-patentes, a-t-il excédé les bornes du pouvoir que lui donne la constitution monarchique française? L'érection dont il s'agit est-elle une atteinte donnée à une loi plus ancienne que toutes les constitutions politiques, au droit sacré des propriétés qu'elles sont tenues de conserver? Telle est la question principale dont le conseil est saisi.

» Mais de la nature de cette question même il en résulte une autre; c'est de savoir par qui elle doit être jugée. Est-ce au roi seul qu'il appartient de décider si une loi faite et publiée par son aïeul, doit être ou révoquée comme injuste, ou executée comme digne de sa sagesse? Est-ce au souverain seul à réformer ce que le souverain a fait en législateur? Et ce procès sur une loi publique, doit-il être renvoyé devant les tribunaux qui ne sont point destinés à juger la loi, mais à prononcer conformément à ce qu'elle leur prescrit?

» En 1775, feu M. le Duc de Lorges ne voyait que le maréchal, son frère aîné, qui pût recueillir après lui son Duché héréditaire; et ce même frère qui, en 1758, ne s'était abstenu d'y succéder que parcequ'il n'avait point d'enfans mâles, est mort sans posterité avant son puîné.

» Lorsque M. le vicomte de Choiseul s'était marié, en 1754, son beau-père n'était point encore Duc, et il avait un fils; ainsi, promettant de n'avantager aucun enfant au préjudice de la fille qu'il établissait, il était bien éloigné de croire lui assurer irrévocablement l'hérédité des terres qui composent le Duché.

» Etranger à la maison de Lorges, ce gendre se trouvait, en 1775, héritier nécessaire d'un Duché-pairie; il était donc naturel que le dernier Duc de Lorges, voulant perpétuer dans sa famille l'hérédité masculine de son Duché, choisît son second gendre qui porte son nom, et les descendans mâles de celle de ses filles qui seuls pouvaient transmettre ce nom.

» Le Duc de Lorges demande si ce projet, très honnête en lui-même, était d'une exécution absolument impossible au souverain; et si le même pouvoir qui, en 1691, avait, par une première érection, assigné aux terres dont il s'agit un ordre successif différent de celui qu'elles auraient eu en conservant leur ancien état, ne pouvait pas encore, en perpétuant le titre du Duché, donner à ces mêmes terres une loi de succession différente de celles qu'elles eussent suivies dans le cas où le titre se fût éteint.

» Pour répondre au vœu de ce père de famille, propriétaire d'un titre prêt à s'évanouir, le roi, auquel il remet et ce titre et la glèbe, auquel il est

Digitized by Google

attaché, peut-il le créer de nouveau, et par une seconde érection du Duché de Lorges, en investir les descendans mâles de la fille puinée qui a épousé un homme de son nom? Peut-il conférer à celui-ci le titre de Duc, et lui donner, dès ce moment même, l'investiture ou réelle ou éventuelle de ce fief de dignité, qu'il croit juste de conserver à la maison de Lorges?

» Voilà en effet ce que le roi a fait par les lettres-patentes de 1773. Pour y parvenir, que lui fallait-il? Le consentement du Duc de Lorges, alors propriétaire. Lui seul eût pu se plaindre; il le désirait, il voulait disposer lui-même, et ne cherchait qu'une forme qui pût concilier et ce qu'il devait à son nom, et ce qu'il devait à ses filles.

» Que souhaitait-il donc? Que le roi établit un nouvel ordre de succéder dans le Duché, pour lequel il demandait une seconde érection faite sous la réserve des droits résultans de la première; un nouvel ordre qui imitât et qui ne semblât que proroger celui qui avait été établi en 1691. Mais il ne voulait pas que cette loi particulière privât sa fille aînée des principaux avantages que les lois générales des successions pourraient lui procurer un jour. Il voulait qu'à sa mort elle prît, conformément aux coutumes des lieux, tout ce qui, dans sa succession, n'aurait pas été soustrait à leur empire par une loi nouvelle, et qu'elle fût même dédommagée, par le rachat usité en pareil cas, des espérances que la nouvelle loi du prince allait lui interdire, sur des fonds dont elle n'était pas propriétaire.

» Ce fut pour témoigner ses intentions à cet égard, que le roi ayant voulu qu'il écrivît son consentement, il l'exprima dans les termes d'une démission faite *SOUS LE BON PLAISIR DE SA MAJESTÉ, et par forme de partage anticipé en faveur du comte et de la comtesse de Lorges, et à cause d'elle*. Par-là, il indique qu'à sa mort, l'aînée doit avoir un dédommagement; il fait plus, il indique la véritable souche d'où partent les terres du Duché pour passer à cette nouvelle postérité mâle, qui va, pour ainsi dire, être entée sur elle: il prévient, il écarte toute idée de transmission qui pouvait être opérée par une autre cause que l'érection même. Cet acte resta dans le depôt du secrétariat d'état, comme n'étant destiné qu'à servir et à conserver au roi la preuve du consentement du Duc de Lorges.

» Les lettres-patentes de 1773, obtenues, comme on le voit, d'après la demande du véritable propriétaire du Duché, furent enregistrées au parlement de Bretagne. Qui que ce soit ne réclama, qui que ce soit même n'en avait le droit, et de ce moment elles ont dû être regardées comme une loi publique.

» La prétention du vicomte de Choiseul, aujourd'hui, est que cette loi passait les pouvoirs du prince. Il soutient qu'il a été surpris, qu'il a fait ce que les lois de son royaume lui défendaient ».

Tel était l'état de la cause, suivant les défenseurs de M. le Duc de Lorges; et voici les deux propositions qui faisaient la base de sa défense:

« 1°. Le roi seul, comme souverain législateur, doit ici décider; l'évocation est nécessaire, et tout renvoi serait évidemment contraire aux lois essentielles de la monarchie.

» 2°. Le feu roi a pu faire ce qu'il a fait; les lettres-patentes de 1773 ne sont nullement contraires aux lois du royaume ».

Ces moyens n'ont pas eu le succès que s'en était promis M. le Duc de Lorges. Voici l'arrêt qui a terminé cette grande contestation:

« Ouï le rapport du sieur Chaumont de La Millière....., maître des requêtes....., après en avoir communiqué aux sieurs de Fourqueux, Dufont, de Villeneuve et de Vidault, conseillers d'état, commissaires à ce députés; et tout considéré, le roi étant en son conseil, en présence et de l'avis desdits sieurs commissaires, faisant droit sur l'instance, sans s'arrêter à la démission du 23 mars 1773, non plus qu'aux lettres-patentes du 25 du même mois, données en conséquence, lesquelles sa majesté a ordonné être rapportées, en ce que par icelles le titre de Duché accordé par le feu roi audit sieur Duc de Lorges, aurait été assis sur la terre et seigneurie de Quintin: ce faisant, a déclaré et déclare ladite seigneurie et autres terres y reunies faire partie de la succession dudit feu Duc de Lorges; renvoie au surplus les parties à se pourvoir pour le partage de ladite succession, par-devant les juges qui en doivent connaître, se réservant sa majesté de transporter le titre de Duché héréditaire, accordé par lesdites lettres-patentes, sur telle terre qu'il appartiendra; veut et entend en outre que jusqu'à ce, ledit Duc de Lorges conserve le titre et le rang de Duc héréditaire, du jour et de la date desdites lettres-patentes. Fait au conseil d'état du roi, le 29 septembre 1778 ».]

V. Les Duchés-pairies sont tout à la fois des grands offices de la couronne, des fiefs de dignité, et des justices seigneuriales du premier ordre.

Les droits et les priviléges attachés aux Duchés-pairies ont été fixés en ces termes par l'édit du mois de mai 1711.— « Louis.... Depuis que les anciennes pairies laïques ont été réunies à la couronne, dont elles étaient émanées, et que, pour les remplacer, les rois nos prédécesseurs en ont créé de nouvelles, d'abord en faveur des seuls princes de leur sang, et ensuite en faveur de leurs sujets que la grandeur de leur naissance, l'importance de leurs services en ont rendu dignes; les titres de pairs de France aussi distingués autrefois par leur rareté, qu'ils le seront toujours par leur élévation, se sont multipliés. Toutes les grandes maisons en ont désiré l'éclat; plusieurs l'ont obtenu; et, par une espèce d'émulation, de faveur et de crédit, elles se sont efforcées à l'envi de trouver dans le comble même des honneurs, de nouvelles distinctions par des clauses recherchées avec art, soit pour perpétuer la pairie dans leur postérité au-delà de ses

Digitized by Google

bornes naturelles, soit pour faire revivre en leur faveur des rangs qui étaient éteints et des titres qui ne subsistaient plus. Dans celles des dispositions nouvelles et singulières que l'ambition des derniers siècles a ajoutées à la simplicité des premières érections, les officiers de notre parlement de Paris, juges naturels, sous notre autorité, des différens qui se sont élevés au sujet des pairies, entraînés d'un côté par le poids des règles générales, et retenus de l'autre par la force des clauses particulières qu'on opposait à ces mêmes règles, ont cru devoir suspendre leur jugement et se contenter de rendre des arrêts provisionnels, comme pour nous marquer par-là que leur respect attendait de nous une décision suprême qui, fixant pour toujours les droits des pairies, pût distinguer les différens degrés d'honneurs qui sont dus aux princes de notre sang, à nos enfans légitimes et aux autres pairs de France, affermir les véritables principes de la transmission des pairies ou masculines ou féminines, et déterminer souverainement le sens légitime de toutes les expressions équivoques à l'ombre desquelles on a si souvent opposé en cette matière la lettre de la grace à l'esprit du prince qui l'a accordée. C'est cette loi desirée depuis si long-temps, que nous avons enfin résolu d'accorder aux souhaits des premiers magistrats, à l'avantage des grandes maisons du royaume, au bien même de notre état toujours intéressé dans les réglemens qui regardent une dignité si éminente. Nous avons cru devoir y ajouter des dispositions non moins importantes, soit pour conserver l'éclat et la splendeur des maisons honorées de cette dignité, soit pour prévenir tous les différens qui se pourraient former à l'avenir, à l'occasion de l'érection ou de l'extinction des pairies.... A ces causes...., déclarons et ordonnons,

« *Art.* 1. Que les princes du sang royal seront honorés et distingués en tous lieux, suivant la dignité de leur rang et l'élévation de leur naissance; ils représenteront les anciens pairs de France au sacre des rois, et auront droit d'entrée, séance et voix délibérative en nos cours de parlement, à l'âge de quinze ans, tant aux audiences qu'au conseil, sans aucune formalité, encore qu'ils ne possèdent aucune pairie.

« 2. Nos enfans légitimés et leurs enfans ou descendans mâles qui posséderont des pairies, représenteront pareillement les anciens pairs aux sacres des rois, après et au défaut des princes du sang; et auront droit d'entrée et voix délibérative en nos cours de parlement, tant aux audiences qu'au conseil, à l'âge de vingt ans, en prêtant le serment ordinaire des pairs, avec séance immédiatement après les princes du sang, conformément à notre déclaration du 5 mai 1694; et ils y précéderont tous les Ducs et pairs, quand même leurs Duchés-pairies seraient moins anciennes que celles desdits Ducs et pairs; et, en cas qu'ils aient plusieurs pairies et plusieurs enfans mâles, leur permettons, en réservant une pairie pour eux, d'en donner une à chacun de leurs susdits enfans, si bon leur semble, pour en jouir par eux aux mêmes honneurs, rangs, préséances et dignités que ci-dessus, du vivant même de leurs pères.

» 3. Les Ducs et pairs représenteront, au sacre, les anciens pairs, lorsqu'ils y seront appelés, au-dessous des princes du sang ou des princes légitimés qui auront des pairies; ils auront rang et séance entr'eux, avec droit d'entrée et voix délibérative, tant aux audiences qu'au conseil de nos cours du parlement, du jour de la première réception et prestation de serment en notre cour de parlement de Paris, après l'enregistrement des lettres d'érection; et seront reçus audit parlement à l'âge de vingt-cinq ans, en la manière accoutumée.

» 4. Par les termes d'*heirs* et *successeurs*, et par les termes d'*ayant-cause*, tant insérés dans les lettres d'érection ci-devant accordées, qu'à insérer dans celles qui pourraient être accordées à l'avenir, ne seront et ne pourront être entendus que des enfans mâles descendus de celui en faveur de qui l'érection aura été faite, et que des mâles qui en seront descendus de mâle en mâle, en quelque ligne ou degré que ce soit.

» 5. Les clauses générales insérées ci-devant dans quelques lettres d'érection des Duchés et pairies en faveur des femelles, et qui pourraient l'être en d'autres à l'avenir, n'auront aucun effet qu'à l'égard de celle qui descendra et sera de la maison et du nom de celui en faveur de qui les lettres auront été accordées, à la charge qu'elle n'épousera qu'une personne que nous jugerons digne de posséder cet honneur, et dont nous aurons agréé le mariage par des lettres-patentes adressées au parlement de Paris, et qui porteront confirmation du Duché en sa personne et desdendans mâles; et n'aura ce nouveau Duc rang et séance que du jour de sa réception au parlement sur nosdites lettres.

» 6. Permettons à ceux qui ont des Duchés-pairies d'en substituer à perpétuité le chef-lieu avec une certaine partie de leur revenu, jusques à 15,000 liv. de rente, auquel le titre et dignité de Duché-pairie demeurera annexé, sans pouvoir être sujet à aucune dette ni distraction, de quelque nature qu'elles puissent être, après qu'on aura observé les formalités prescrites par les ordonnances pour la publication des substitutions; à l'effet de quoi dérogeons, au surplus, à l'ordonnance d'Orléans et à celle de Moulins, et à toutes autres ordonnances, usages et coutumes qui pourraient être contraires à la présente disposition.

» 7. Permettons à l'aîné des mâles descendans en ligne directe de celui en faveur duquel l'érection des Duchés-pairies aura été faite, ou à son défaut ou refus, à celui qui le suivra immédiatement, et ensuite à tout autre mâle de degré en degré, de les retirer des filles qui pourront en être propriétaires, en leur en remboursant le prix dans six mois, sur le pied du denier vingt-cinq du revenu actuel, et sans qu'ils puissent être reçus en ladite dignité qu'après en avoir fait le paiement réel et effectif, et en avoir apporté quittance.

Digitized by Google

» 8. Ordonnons que ceux qui voudront former quelque contestation sur le sujet des Duchés-pairies, sur les rangs, honneurs et préséance accordés par nous auxdits Ducs et pairs, princes et seigneurs de notre royaume, seront tenus de nous représenter, chacun en particulier, l'intérêt qu'ils prétendent y avoir, afin d'obtenir la permission de le poursuivre et de procéder en notre parlement de Paris, pour y être jugé, si nous ne trouvons pas à propos de le décider par nous-même; et, en cas qu'après y avoir renvoyé une demande, les parties veuillent en former d'autres incidemment ou qui soient différentes de la première, elles seront tenues pareillement d'en obtenir de nous des permissions, sans qu'en aucun cas, ces sortes de contestations et procès puissent en être tirés par la voie des évocations.

» 9. Voulons et ordonnons que ce qui est porté par le présent édit pour les Ducs et pairs, ait lieu pour les Ducs non pairs, en ce qui peut les regarder». (M. Desessarts.)*

Il a été rendu, le 26 janvier 1782, une déclaration sur plusieurs difficultés que l'art. 7 de cet édit avait occasionnées.

[[VI. Les Duchés considérés comme fiefs de dignité et justices seigneuriales du premier ordre, ont été détruits, avec le régime féodal, par les lois du 4 août 1789.

Considérés comme titres honorifiques, ils ont été abolis par la loi du 19 juin 1790. « L'assemblée nationale (porte cette loi) décrète que la noblesse héréditaire est pour toujours abolie; qu'en conséquence, les titres de prince, de Duc, de comte, de marquis, de vicomte, vidame, baron, chevalier, messire, écuyer, noble et tous autres titres semblables, ne seront ni pris par qui que ce soit, ni donnés à personne ».

Mais de nouveaux Duchés ont été créés en Italie par cinq decrets impériaux du 30 mars 1806. Voici comment ils sont conçus.

Premier décret. « Art. 3. Nous avons érigé et érigeons en Duchés grands fiefs de notre empire, les provinces ci-après désignées; 1°. la Dalmatie, 2°. l'Istrie, 3°. le Frioul, 4°. Cadore, 5°. Bellune, 6°. Conegliano, 7°. Treviso, 8°. Feltri, 9°. Bassano, 10°. Vicence, 11°. Padoue, 12°. Rovigo.

» 4. Nous nous réservons de donner l'investiture desdits fiefs, pour être transmis héréditairement, par ordre de primogéniture, aux descendans mâles légitimes et naturels de ceux en faveur de qui nous en aurons disposé; et en cas d'extinction de leur descendance masculine légitime et naturelle, lesdits fiefs seront réversibles à notre couronne impériale, pour en être disposé par nous ou nos successeurs ».

Deuxième décret. « Nous instituons dans le royaume de Naples et de Sicile six grands fiefs de l'empire, avec le titre de Duché et les mêmes avantages et prérogatives que ceux qui sont institues dans les provinces vénitiennes réunies à notre couronne d'Italie; pour être, lesdits Duchés grands fiefs de l'empire à perpetuité, et le cas échéant à notre nomination et à celle de nos successeurs. Tous les détails de la formation desdits fiefs sont remis aux soins de notre frère Joseph-Napoléon ».

Troisième décret. « La principauté de Guastalla étant à notre disposition, nous en avons disposé, comme nous en disposons par les présentes, en faveur de la princesse Pauline, notre bien aimée sœur, pour en jouir en toute propriété et souveraineté, sous le titre de princesse et Duchesse de Guastalla. — Nous entendons que le prince Borghèse, son époux, porte le titre de prince et de *Duc* de Guastalla; que cette principauté soit transmise, par ordre de primogéniture, à la descendance masculine légitime et naturelle de notre sœur Pauline; et à défaut de ladite descendance masculine légitime et naturelle, nous nous réservons de disposer de la principauté de Guastalla à notre choix, et ainsi que nous le jugerons convenable pour le bien de nos peuples et pour l'intérêt de notre couronne. — Nous entendons toutefois que le cas arrivant où ledit prince Borghèse survivrait à son épouse notre sœur la princesse Pauline, il ne cesse pas de jouir personnellement, et sa vie durant, de ladite principauté ».

Quatrième décret. « Art. 1. A dater du premier jour du mois de mai prochain, le pays de Massa et Carrara et la Garfagnana, jusqu'aux sources du Serchio, seront réunis à la principauté de Lucques, aux charges et conditions suivantes....

» 3. Nous avons érigé et érigeons le pays de Massa et Carrara en Duché grand-fief de notre empire.

» 4. Nous nous réservons de donner l'investiture dudit fief, pour être transmis héréditairement, par ordre de primogéniture, aux descendans mâles légitimes et naturels de celui en faveur de qui nous en aurons disposé; et en cas d'extinction de sa descendance masculine légitime et naturelle, ledit fief sera réversible à notre couronne impériale, pour en être disposé par nous ou nos successeurs.

» 5. Le quinzième du revenu que le prince de Lucques retirera du pays de Massa et Carrara, sera attaché audit fief, pour être possédé par celui que nous en aurons investi....»

Cinquième décret. « Art. 1. Nous avons érigé et érigeons, dans les Etats de Parme et de Plaisance, trois Duchés grands-fiefs de notre empire.

» 2. Nous nous réservons de donner l'investiture desdits fiefs, pour être transmis héréditairement, par ordre de primogéniture, aux descendans mâles légitimes et naturels de ceux en faveur de qui nous en aurons disposé; et en cas d'extinction de leur descendance masculine légitime et naturelle, lesdits fiefs seront réversibles à notre couronne de France ».

Ces décrets ne devaient, par leur propre teneur, avoir leur exécution qu'en Italie. Mais le sénatus-consulte du 14 août 1806 ouvre au gouvernement un moyen de les faire exécuter en France. En voici les dispositions.

« Art. 1. La principauté de Guastalla ayant été, avec l'autorisation de sa majesté l'empereur et roi, cédée au royaume d'Italie, il sera acquis du produit

Digitized by Google

de cette cession et en remplacement, des biens dans le territoire de l'empire français.

» 2. Ces biens seront possédés par S. A. I. la princesse Pauline, le prince Borghèse, son époux, et les descendans nés de leur mariage, de mâle en mâle, quant à l'hérédité et à la réversibilité, quittes de toutes charges, de la même manière que devait l'être ladite principauté, et aux mêmes charges et conditions, conformément à l'acte du 30 mars dernier.

» 3. Dans le cas où sa majesté viendrait à autoriser l'échange ou l'aliénation des biens composant la dotation des Duchés relevant de l'empire français, érigés par les actes du même jour 30 mars dernier, ou de la dotation de tous nouveaux Duchés ou autres titres que sa majesté pourra ériger à l'avenir, il sera acquis des biens en remplacement sur le territoire de l'empire français, avec le prix des aliénations.

» 4. Les biens pris en échange ou acquis seront possédés, quant à l'hérédité et à la réversibilité, quittes de toutes charges, conformément aux actes de création desdits Duchés ou autres titres, et aux charges et conditions y énoncées.

» 5. Quand sa majesté le jugera convenable, soit pour recompenser de grands services, soit pour exciter une utile émulation, soit pour concourir à l'éclat du trône, elle pourra autoriser un chef de famille à substituer ses biens libres pour former la dotation d'un titre héréditaire que sa majesté érigerait en sa faveur, réversible à son fils aîné, né ou à naître, et à ses descendans en ligne directe, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture.

» 6. Les propriétés ainsi possédées sur le territoire français, conformément aux articles précédens, n'auront et ne confèreront aucun droit ou privilège relativement aux autres sujets français de sa majesté, et à leurs propriétés.

» 7. Les actes par lesquels sa majesté autoriserait un chef de famille à substituer ses biens libres, ainsi qu'il est dit à l'article précédent, on permettrait le remplacement en France des dotations des Duchés relevans de l'empire, on autres titres que sa majesté érigerait à l'avenir, seront donnés en communication au sénat et transcrits sur ses registres.

» 8. Il sera pourvu par des règlemens d'administration publique à l'exécution du présent sénatus-consulte, et notamment en ce qui touche la jonissance et conservation tant des propriétés réversibles à la couronne que des propriétés substituées en vertu de l'art. 5 ».

L'art. 3 de ce sénatus-consulte annonçait assez qu'aux Duchés créés par les décrets du 30 mars 1806, il pourrait en être ajouté de nouveaux; et en effet, par lettres-patentes données en son camp de Finckenstein, le 28 mai 1807, l'empereur en a créé un en faveur de M. le maréchal Lefebvre. Ces lettres-pateutes, qui ont été adressées au sénat par un message du même jour, sont ainsi conçues:

« Napoléon, par la grace de Dieu et les constitutions de la République, Empereur des Français, à tous présens et à venir, salut. — Voulant donner à notre cousin, le maréchal et sénateur *Lefebvre*, un témoignage de notre bienveillance pour l'attachement et la fidélité qu'il nous a toujonrs montrés, et reconnaître les services éminens qu'il nous a rendus l'an premier de notre règne, qu'il n'a cessé de nous rendre depuis, et auxquels il vient d'ajouter encore un nouvel éclat par la prise de la ville de Dantzick; désirant, de plus, consacrer par un titre spécial le souvenir de cette circonstance mémorable et glorieuse, nous avons résolu de lui conférer et nous lui conférons par les présentes, le titre de Duc de Dantzick, avec une donation en domaines situés dans l'intérieur de nos états. — Nous entendons que ledit Duché de Dantzick soit possédé par notre cousin le maréchal et sénateur *Lefebvre*, et transmis héréditairement à ses enfans mâles, légitimes et naturels, par ordre de primogéniture, pour en jouir en toute propriété, aux charges et conditions et avec les droits, titres, honneurs et prérogatives attaches aux Duchés par les constitutions de l'empire; nous réservant, si sa descendance masculine légitime et naturelle venait à s'éteindre, ce que Dieu ne veuille, de transmettre ledit Duché à notre choix, et ainsi qu'il sera jugé convenable par nous ou nos successeurs, pour le bien de nos peuples et l'intérêt de notre couronne. — Nous ordonnons que les présentes lettres-patentes soient communiquées au sénat, pour être transcrites sur ses registres. — Ordonnons pareillement qu'aussitôt que la dotation définitive du Duché de Dantzick aura été revêtue de notre approbation, l'état détaille des biens dont elle se trouvera composée, soit, en exécution des ordres donnés à cet effet par notre ministre de la justice, inscrit au greffe de la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'habitation principale du Duché sera située, et que la même inscription ait lieu au bureau des hypothèques des arrondissemens respectifs, afin que la condition desdits biens, résultant des dispositions du sénatus-consulte du 14 août 1806, soit généralement reconnue, et que personne ne puisse eu prétendre cause d'ignorance ».

VII. L'art. 41 du statut impérial du 30 mars 1806 porte que si un *Duc* « vient à se livrer à des déportemens et oublier sa dignité ou ses devoirs, l'empereur pourra infliger, pour un temps déterminé, et qui n'excèdera point une année, les peines suivantes, savoir, les arrêts, l'éloignement de sa personne, l'exil ».]]

* DUEL. C'est un combat singulier entre deux personnes.

Anciennement le Duel était autorisé en certains cas: la justice même l'ordonnait, quand les autres preuves manquaient. Cette coutume barbare venait du Nord, d'où elle passa en Allemagne, puis en France et dans toute l'Europe. *V. Combat judiciaire.*

Mais quoique, dans la suite, la justice eût cessé d'admettre les Duels comme une preuve juridique pour décider les questions douteuses, ils furent en-

Digitized by Google

core très fréquens entre les particuliers pendant long-temps, pour de prétendues querelles d'honneur; et ce n'est proprement que sous Louis XIV que les lois multipliées pour arrêter la fureur des Duels, ont commencé à avoir quelque effet. Voici quelques unes des dispositions les plus importantes des ordonnances [[notamment de l'édit du mois d'août 1669, de la déclaration du 14 novembre de la même année, et de celle du 28 octobre 1711]], soit pour prévenir les Duels, soit pour les punir et réprimer les actions qui pourraient y donner lieu.

Le roi exhorte tous ses sujets à vivre en paix, et à faire tout ce qui dépendra d'eux pour prévenir les différens débats et querelles, particulièrement ceux qui peuvent être suivis de voies de fait.

Les maréchaux de France, les gouverneurs-généraux et les lieutenans-généraux des provinces, sont chargés de veiller à empêcher les suites des querelles et des offenses qui peuvent survenir entre les sujets du roi, selon le pouvoir que leur avaient déja attribué les anciennes ordonnances.

Tous ceux qui sont présens à quelques offenses de discours ou d'action, sont tenus d'avertir sur-le-champ les maréchaux de France, ou les gouverneurs-généraux, ou les lieutenans-généraux, à peine d'être réputés complices de l'offense; et, dès qu'il y a un combat, les gouverneurs-généraux, les lieutenans-généraux, les premiers présidens et les procureurs-généraux, doivent en informer le roi; et il est aussi permis à chaque sujet d'en donner avis à sa majesté.

Quand il y a avis d'une querelle, les maréchaux de France ou les lieutenans-généraux ou les gouverneurs-généraux, chacun dans son département, doivent faire assigner les parties à comparoir devant eux, avec défense de procéder par voies de fait; et si ces voies de fait sont à craindre, ils doivent envoyer des gardes aux parties, à leurs frais, jusqu'à ce qu'elles aient comparu.

Les juges du point d'honneur doivent, dans les discussions de chasse, de droits honorifiques et des autres prééminences de fief, engager les parties à prendre des arbitres, sauf l'appel de la sentence arbitrale aux cours de parlement.

Ceux qui refusent d'obéir aux juges du point d'honneur, doivent y être contraints par emprisonnement; et, si la chose n'est pas possible, par saisie de leurs biens au profit des hôpitaux du lieu, sauf néanmoins le paiement des dettes antérieures, mais avec hypothèque du jour de la condamnation au profit des hôpitaux: en conséquence, les maréchaux de France doivent donner avis aux procureurs-généraux, lorsque quelque accusé n'a point obéi à leurs ordres, afin qu'il soit incessamment procédé à la saisie dont on vient de parler.

Ceux qui viennent à se soustraire, en quelque manière que ce soit, aux gardes que leur ont envoyés les juges du point d'honneur, doivent être décrétés sur le seul procès-verbal ou rapport des gardes, et ne peuvent point être reçus à accommodement sur le point d'honneur, qu'ils n'aient tenu prison, et que le procès ne leur ait été fait.

La peine et la réparation de l'offense on injure, doivent être proportionnées; ainsi, toute personne qui vient à proférer des paroles injurieuses contre quelqu'un, telles que *sot*, *lâche*, *traître* et autres semblables, sans qu'elles aient été repoussées par d'autres, doit être condamnée à tenir prison six mois, et à demander pardon à l'offensé.

Si l'offensé répond par des injures pareilles ou plus fortes, il doit être condamné à tenir prison pendant trois mois, et on ne lui demande aucun pardon.

Celui qui donne un démenti ou menace de coups de main ou de bâton, doit tenir prison deux ans, et demander pardon avant d'y entrer.

Celui qui vient à frapper un autre, en quelque cas que ce soit, doit être condamné à être dégradé des armes, de noblesse personnelle, et à quinze ans de prison, sans qu'il puisse sortir, après ce temps révolu, que par un ordre du roi donné sur l'avis des maréchaux de France.

Celui qui offense ou outrage sa partie, à l'occasion d'un procès pendant en justice, peut, outre les peines ordinaires, être condamné au bannissement, ou à s'absenter pendant un certain temps déterminé par les juges.

Celui qui a frappé par derrière, étant seul ou accompagné, doit être condamné à tenir prison pendant vingt ans, à plus de 30 lieues de la demeure ordinaire de l'offensé.

Les juges du point d'honneur peuvent même, si l'offenseur a blessé le respect dû aux lois et aux ordonnances du royaume, le punir par bannissement et amende; et, en général, il est permis aux maréchaux de France de prononcer, suivant l'exigence des cas, des peines au-delà de celles qui sont portées par les réglemens.

Celui qui a fait un appel, doit tenir prison pendant deux ans, être condamné à une amende de la moitié, au moins, d'une année de son revenu, être suspendu et privé de ses charges pendant trois ans, et déchu de toute satisfaction de son offense, sauf aux juges à augmenter, suivant les circonstances, ces peines, lesquelles doivent aussi avoir lieu contre celui qui s'est rendu au lieu de l'assignation, et contre celui qui a donné l'appel au nom d'un autre.

Si c'est un chef, un commandant auquel on donne un appel, la prison doit être de quatre ans, ainsi que la suspension et privation des charges: si c'est un inférieur qui appelle son supérieur, il doit être condamné à quatre ans de prison, et à une amende d'une année, au moins, de son revenu. La même peine aurait lieu contre ces chefs ou supérieurs, s'ils recevaient l'appel.

Ceux qui donnent un appel pour la seconde fois, doivent être condamnés à six ans de prison, et à une amende de six années de leur revenu. Il doit en être de même à l'égard de ceux qui, ayant été

Digitized by Google

privés de leurs charges, donneraient un appel à ceux qui en ont été pourvus à leur place.

S'il y a un Duel, la loi veut que les coupables soient punis de mort sans rémission; et, à l'égard de ceux qui ont été tués, le procès doit être fait à leur mémoire. La confiscation doit avoir lieu contre les uns et contre les autres, et appartenir pour un tiers à l'hôtel-Dieu de Paris, pour un autre tiers à l'hôpital-général de Paris, et pour l'autre tiers, à l'hôpital de la ville où est situé le parlement dans le ressort duquel le crime a été commis, excepte néanmoins que le roi doit demeurer quitte de ce qu'il peut devoir aux condamnés, et que les domaines aliénés ou les terres relevantes immédiatement de la couronne, doivent être réunies au domaine. Dans les pays où la confiscation n'a pas lieu, les coupables doivent être condamnés à une amende qui ne peut être au-dessous des deux tiers de leurs biens.

Si l'on emploie dans un Duel une seconde ou plusieurs personnes, tous les combattans doivent être punis de mort, et dégradés de noblesse; leurs armes doivent être noircies et brisées par le bourreau; et, si leurs successeurs reprennent les mêmes armes, elles doivent être de nouveau noircies et brisées, et ceux qui les auront reprises, condamnés à une amende de deux années de leur revenu.

Les roturiers qui donnent appel à des gentilshommes, ou qui se battent avec eux, ou qui suscitent quelques gentilshommes pour se battre avec eux, doivent être condamnés à être pendus, avec confiscation de tous leurs biens; et les gentilshommes qui se sont battus ainsi, doivent être punis des peines prononcées contre ceux qui se battent en Duel comme seconds.

Ceux qui ont sciemment porté un appel, ou conduit au lieu du combat, comme un laquais ou autres domestiques, doivent être fouettés et marqués la première fois, et envoyés la seconde fois aux galères perpétuelles. A l'égard des spectateurs du combat qui s'y sont rendus exprès, ils doivent être privés, pour toujours, de leurs charges, dignités et pensions; et, s'ils n'en ont pas, on doit prononcer contre eux, ou la confiscation, ou l'amende du quart de leurs biens.

Ceux qui n'ont point donné avis au juge du point d'honneur de la querelle ou démêlé qu'ils ont eu, et qui se rencontrent ensuite et se battent, doivent être punis de même que pour un Duel; mais, s'ils ont donné avis de la querelle, et qu'il soit justifié que la rencontre n'a pas été préméditée, l'agresseur doit être seul puni.

On doit aussi punir, comme coupables de Duel, ceux qui, pour éluder la loi, vont se battre en pays étranger, après s'y être donné rendez-vous.

Lorsqu'il y a soupçon de Duel ou de rencontre préméditée, la loi veut qu'on n'expédie point de lettres de grace au sceau, que l'impétrant ne soit prisonnier, et qu'on n'ait pris l'avis des maréchaux de France.

Le crime de Duel ne se prescrit par aucun laps de temps; l'accusation de ce crime fait même revivre tous les autres crimes précédens commis par l'accusé, quoique prescrits, pourvu qu'il soit convaincu de celui de Duel.

Pendant l'instruction du procès, les biens des accusés doivent être régis par les administrateurs des hôpitaux, et employés aux frais de poursuite, et leurs justices exercées au nom du roi, qui pourvoit aux offices et bénéfices.

En cas de Duel, le procès doit être poursuivi par le juge du crime de Duel; en sorte que, s'il y a une procedure commencée par un juge contre un homme qui se trouve accusé de Duel ou rencontre, le juge du Duel doit connaître seul du tout.

Pour prévenir la subornation, il est permis aux juges de recoller les témoins dans les vingt-quatre heures après qu'ils ont été entendus, sans jugement qui l'ordonne, le roi ayant dérogé, pour cet effet, à l'ordonnance de 1670.

Les parens de ceux qui ont été tués dans un combat, peuvent se rendre parties poursuivantes dans les trois mois pour tout délai, et la confiscation doit pour lors être à leur profit.

Si les hôpitaux négligent les amendes et confiscations, le recouvrement en doit être fait par les administrateurs du domaine, pour en être disposé par le roi, au profit de tel hôpital qu'il juge à propos.

Les condamnés par contumace pour crime de Duel, sont déclarés indignes de toutes les successions qui leur sont échues depuis la condamnation, quand même ils se représenteraient dans les cinq ans, et seraient restitués contre la contumace.

En cas de notoriété publique, les cours de parlement peuvent, sur la réquisition des procureurs généraux, ordonner aux accusés de se rendre en prison, pour se justifier; et, s'ils ne comparaissent point, procéder contre eux par contumace, et les déclarer atteints et convaincus, prononcer sur-le-champ les peines, et même la confiscation et la dégradation de noblesse, pour avoir lieu avant les cinq ans expirés. Les condamnés par contumace ne peuvent pas être admis à se justifier pendant les cinq ans, à moins qu'ils n'aient payé les amendes auxquelles ils ont été condamnés.

Pour prononcer le décret de prise-de-corps et la saisie des biens en cas de notoriété du crime de Duel, il n'est pas besoin d'information préalable.

Si les accusés du crime de Duel sont en prison, les procureurs généraux peuvent requérir un délai pour administrer les preuves; et même les accusés de Duel, en cas de notoriété, ne peuvent être renvoyés absous qu'après un plus amplement informé d'un an, pendant lequel temps ils doivent garder prison.

Dans les lieux éloignés des cours de parlement, les juges royaux peuvent, après une exacte perquisition des coupables, décréter les absens de prise-de-corps sur la seule notoriété du fait, faire saisir tous leurs biens, les ajourner à trois brefs

Digitized by Google

jours consécutifs, ensuite adjuger le profit du défaut, sans autre forme ni figure de procès.

Si quelque grand du royaume donne retraite chez lui aux coupables, il doit en être dressé des procès-verbaux pour être envoyés aux secrétaires d'état, chacun dans leur département, aux procureurs généraux des parlemens dans leur ressort, et aux maréchaux de France, afin qu'après avoir pris leurs avis, le roi fasse procéder à la punition.

Louis XV, à son avénement au trône, loin de laisser tomber en désuétude les lois de ses prédécesseurs contre le Duel, fit serment, à son sacre, de n'accorder aucune grace à ceux qui se rendraient coupables de ce crime. Pour le prévenir, il renouvela, par un édit du mois de février 1723, les défenses faites par les anciennes lois, et expliqua les dispositions qu'on pouvait éluder par une fausse interprétation.

Un arrêt rendu au parlement de Grenoble, le 16 septembre 1769, a condamné, par contumace, le sieur du Chelas, conseiller de cette cour, à être rompu vif, pour crime de Duel et d'assassinat, et la mémoire de Lambert Béguin, capitaine de la légion de Flandre, à être supprimée, conformément aux ordonnances portées contre les duélistes. — Par le même arrêt, le domestique du conseiller a été condamné aux galères, pour avoir accompagné son maître et avoir favorisé son crime. (M. Despessarts.)*

[[Le Code pénal du 25 septembre 1791 est muet sur le Duel; et il résulte assez clairement de son silence que le Duel ne doit plus être considéré comme un délit que les tribunaux puissent poursuivre.

Voici cependant un décret de l'assemblée législative, du 17 septembre 1792, qui pourrait donner lieu de croire que, dans l'opinion de cette assemblée, le Duel avait pu être poursuivi, même depuis la publication du Code cité.

« L'assemblée nationale, considérant que, depuis les premiers momens de la révolution; l'opposition momentanée des opinions a déterminé des citoyens à des provocations qu'ils n'eussent point faites s'ils eussent eu le temps de réfléchir et de ne consulter que leurs sentimens réels; qu'il en est résulté des instructions criminelles qui ont enlevé à la société des hommes qui pourraient lui être utiles, et que l'indulgence nationale a le droit d'y rappeler; décrète ce qui suit:

» Art. 1er. Tous procès et jugemens contre des citoyens, depuis le 14 juillet 1789, sous prétexte de provocation au Duel, sont éteints et abolis.

» 2. Le pouvoir exécutif provisoire donnera les ordres nécessaires pour que les citoyens détenus en conséquence desdits procès et jugemens, soient mis sans délai en liberté ».

Mais tous les doutes qui pourraient naître de ce décret, disparaissent à la vue de celui de la convention nationale du 29 messidor an 2, qui est ainsi conçu:

« La convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de législation sur le jugement de référé du tribunal criminel du département de Seine-et-Oise, présentant la question si les dispositions de l'art. 11 de la 4e. section du Code penal militaire doivent s'appliquer à la provocation au Duel par le militaire inférieur envers son supérieur, hors le cas du service; — Considérant que l'application de la loi doit être restreinte au cas qu'elle a prévu, et que l'article cité ne contient ni sens ni expression qui s'applique à la provocation au Duel, — Décrète qu'il n'y a pas lieu à délibérer. — Renvoie à sa commission du recensement et de la rédaction complète des lois, pour examiner et proposer les moyens d'empêcher les Duels, et la peine à infliger à ceux qui s'en rendraient coupables ou qui les provoqueraient ».

La commission à laquelle ce décret renvoyait l'examen de la question de savoir si et comment le Duel devrait être puni à l'avenir, n'a fait sur cette question aucun rapport; et les choses sont, à cet égard, demeurées dans le même état où elles étaient à l'époque de ce décret.]]

* DUNKERQUE. Ville maritime de France dans le comté de Flandre.

I. Elle fut prise sur les Anglais en 1558; cédée aux Espagnols par le traité de Cateau-Cambrésis; prise par le grand Condé en 1646; rendue aux Espagnols; puis reprise par le maréchal de Turenne en 1658, après la bataille des Dunes; remise ensuite aux Anglais suivant le traité fait avec Cromwel; et enfin, retirée de leurs mains par Louis XIV, le 27 octobre 1662, moyennant cinq millions de liv.

Au mois de novembre suivant, ce prince donna une déclaration dont l'objet fut de rendre à cette ville, autrefois fameuse parmi les négocians, son ancien lustre, et d'inviter toutes les nations à y venir trafiquer: en conséquence, le roi déclara maintenir Dunkerque et ses habitans dans tous les droits, privilèges, franchises et exemptions dont ils avaient joui précédemment. Il ajouta qu'il voulait que tous les marchands et négocians, de quelque nation qu'ils fussent, y pussent aborder en toute sûreté, y vendre leurs marchandises sans être tenus de payer aucun droit d'entrée ni autre quel qu'il fût, et en tirer telles marchandises qu'ils jugeraient à propos, en exemption de toute espèce de droit, soit de sortie ou autre (1).

Et, pour favoriser les étrangers qui voudraient s'établir à Dunkerque, le roi leur accorda le droit de naturalité, pour en jouir comme s'ils fussent nés ses sujets, et sans qu'ils fussent obligés de prendre des lettres pour cet effet, ni de payer aucune finance, à la charge toutefois qu'ils se conformeraient aux ordonnances du royaume concernant le commerce maritime, à peine contre les contrevenans d'être déchus de leurs privilèges.

Cette déclaration adressée au gouverneur et au commandant de Dunkerque, aux officiers municipaux, au lieutenant de l'amirauté, au maître des ports, etc. fut enregistrée à l'hôtel de cette ville le 3 décembre 1662, en vertu d'une ordonnance de

(1) [[La loi du 11 nivose an 3 a supprimé ces franchises.]]

Digitized by Google

l'intendant de justice, police et finances, du jour précédent, pour être exécutée selon la forme et teneur.

L'exécution de la déclaration dont il s'agit a aussi été ordonnée par un arrêt du conseil du 30 janvier 1700, lequel a été revêtu de lettres-patentes du 16 février de la même année, qui ont été enregistrées au parlement de Paris le 4 mars suivant, sans toutefois que la déclaration y eût été enregistrée.

Ce défaut d'enregistrement donna lieu, en 1743, à une contestation relativement au droit d'aubaine, dans l'espèce suivante.

Il s'agissait des successions immobilières d'Hélène et de Catherine Sausen, Anglaises de nation, qui, ayant épousé en Angleterre deux Français, étaient ensuite venues avec eux s'établir à Dunkerque où elles étaient décédées successivement. Catherine avait recueilli la succession d'Hélène, et avait transmis tous ses biens au sieur Jean-Jacques de Cassel, son mari, négociant à Dunkerque, et aux sieurs Hilten et Flagel, ses héritiers, aussi domiciliés à Dunkerque. Jacques Colombat, sous-fermier des domaines de Flandre, prétendit que ces successions étaient échues au roi : le sieur de Cassel soutint, au contraire, que le droit d'aubaine n'avait pas lieu à Dunkerque; mais il intervint contre lui, au bureau des finances de Lille, un jugement par défaut, qui adjugea les deux successions au roi. — La demoiselle Jausen, veuve de Thomas Willis, Anglaise de nation, prétendit aussi, quoiqu'étrangère, qu'elle pouvait hériter de ses deux parentes décédées à Dunkerque, et exclure le roi, le sieur de Cassel et autres. Elle obtint, au même bureau des finances, un jugement conforme à sa demande. — L'affaire ayant été portée par appel au parlement de Paris, le sieur de Cassel craignit que la déclaration de 1662 ne fût pas un titre suffisant pour lui, d'autant qu'elle n'avait pas été enregistrée au parlement, et que d'ailleurs l'exemption du droit d'aubaine n'y était pas nommément exprimée; en conséquence, il s'adressa au conseil, et demanda un arrêt en commandement, par lequel il plût à sa majesté ordonner l'exécution de la déclaration de 1662, et que, sans s'arrêter aux poursuites et procédures qui pouvaient avoir été faites jusqu'alors, sous prétexte du droit d'aubaine, au sujet des successions mobilières et immobilières des étrangers, négocians et commerçans décédés à Dunkerque, contre leurs héritiers, successeurs, représentans ou ayant cause, regnicoles ou étrangers établis dans cette ville pour y faire le commerce, que sa majesté déclarerait nulles; il serait fait défenses de troubler, sous prétexte du droit d'aubaine, les héritiers, successeurs ou ayant cause, regnicoles, même les négocians et commerçans étrangers qui étaient venus ou qui viendraient dans la suite s'établir pour toujours, ou seulement pour leur trafic à Dunkerque, au sujet de la propriété ou jouissance des successions, tant mobilières qu'immobilières des marchands ou négocians étrangers décédés, domiciliés à Dunkerque. — Le mémoire du sieur de Cassel fut communiqué au fermier, qui soutint que le droit d'aubaine avait lieu en Flandre, et particulièrement à Dunkerque : il cita le traité de paix de Cambrai, du 5 août 1529, par lequel ce droit, alors exercé en France et en Flandre, n'a été aboli qu'entre les sujets de l'empereur Charles-Quint aux Pays-Bas, et ceux de la France, *quant aux originaires des royaumes et pays des susdits* : d'où il conclut que ce droit était resté dans sa force à l'égard des autres nations, et que par conséquent il était un droit de la souveraineté en Flandre; il ajouta que les traités de Crépy en 1544, de Cateau-Cambrésis en 1550, de Vervins en 1598, des Pyrénées en 1659, d'Aix-la-Chapelle en 1668, de Nimègue en 1678, de Riswich en 1697, et d'Utrecht en 1713, étaient relatifs à celui de Cambrai de 1529; et que Galland, dans son traité imprimé en 1644, avait compris l'exercice du droit d'aubaine à Dunkerque, au nombre des droits dont jouissaient les comtes de Flandre, auxquels le roi Henri IV avait succédé. Enfin, pour prouver que c'était chose jugée dans la ville de Dunkerque, il produisit un jugement du bureau des finances de Lille du 17 mai 1715, pour la succession de Jean Blot, natif du royaume de Danemarck, et un autre jugement du 24 décembre 1733, pour la succession de Pierre Autones, Vénitien, réclamée par deux Portugais, ses frères germains; jugemens par lesquels les biens de ces particuliers avaient été adjugés au roi à titre d'aubaine; et il observa que, si l'arrêt demandé par le sieur Cassel lui était accordé, il devait être restreint aux effets mobiliers, ainsi que l'ont été toutes les exemptions de cette espèce, soit dans quelques ports du royaume, soit pour les foires, soit en général pour les nations voisines, et notamment celle qui fut accordée en 1369, aux marchands étrangers fréquentant les foires de Lyon, qui, par arrêt du parlement du 4 février 1572, fut réduite aux effets mobiliers en ordonnant que l'exemption du droit d'aubaine n'aurait point lieu en faveur des héritiers non regnicoles pour les héritages ni pour les rentes, parce qu'elles étaient réputées immeubles. — Sur cette demande, il intervint une décision du conseil le 26 novembre 1755, en ces termes : « Il n'y a pas lieu d'accorder au sieur Cassel l'arrêt qu'il demande; la déclaration de 1662, non enregistrée, n'est point un titre valable d'exemption d'aubaine : il faut laisser juger l'affaire au parlement de Paris, où elle est pendante dans l'état où elle est. Le fermier allègue avec vraisemblance, que le droit d'aubaine a eu lieu à Dunkerque depuis 1662. Si la ville de Dunkerque juge à propos de demander au roi quelque titre nouveau, on discutera sa demande ». — Cette affaire a été jugée au parlement de Paris le 6 mai 1751 entre toutes les parties, et sur l'intervention des président et conseillers de la chambre du commerce de Dunkerque, l'arrêt est ainsi conçu : « La cour faisant droit sur le tout, en tant que touche les appels interjetés par de Cassel, des ordonnances du bureau des finances, ayant aucunement égard aux demandes dudit Cassel, et des nommés Hilten

Digitized by Google

et Flagel, ensemble aux interventions et demandes des président et conseillers de la chambre du commerce, a mis les appellations et ce dont a été appelé au néant, émandant, décharge lesdits Cassel, Illiten et Flagel des condamnations contr'eux prononcées: ordonne que la déclaration du roi du mois de novembre 1662, et les édit et déclaration du mois de février 1700, seront exécutés selon leur forme et teneur; ce faisant, maintient et garde les marchands et négocians étrangers qui viendront trafiquer, s'établir et habiter dans la ville de Dunkerque, dans le droit de naturalité, pour par eux jouir des mêmes privilèges, prérogatives, exemptions et avantages dont jouissent les naturels sujets du roi, soit qu'ils veuillent s'y établir ou habiter pour toujours, soit qu'ils s'y établissent seulement pour leur trafic et négoce; en conséquence, déboute Colombat de toutes ses demandes et prétentions sur les successions et biens d'Hélène et Catherine Jausen dont est question; le condamne à rendre et restituer ce qu'il a touché, aux intérêts, et en tous les dépens envers toutes les parties, même en ceux faits par les uns contre les autres».

Enfin, les privilèges accordés à la ville de Dunkerque, et aux négocians qui s'y établissent, ont été confirmés par des lettres-patentes du mois de février 1784, qui sont ainsi conçues: — « Louis.... Lorsque Louis XIV eut acquis l'importante ville de Dunkerque, il crut ne pouvoir mieux faire, pour y appeler et fixer le commerce, que d'accorder à son port et à ses habitans les privilèges les plus étendus. Tel fut l'objet des lettres-patentes qu'il fit expédier, les unes au mois de novembre 1662, les autres le 16 février 1700. Fidèle au plan et aux vues élevées de ce prince, sur les traces duquel nous faisons gloire de marcher, nous balançons d'autant moins à confirmer ces privilèges, que les avantages inestimables qui en ont été la suite, nous apprennent quels heureux effets nous devons en attendre dans les circonstances présentes. A ces causes, etc. Nous avons maintenu et confirmé, et par ces présentes, signées de notre main, nous maintenons et confirmons la ville, le port, le havre et les habitans de Dunkerque dans leurs lois, coutumes et usages, ainsi que dans les droits, privileges, franchises et exemptions dont ils ont joui avant et depuis les lettres-patentes des mois de novembre 1662 et 16 février 1700.... Naturalisons tous marchands, fabricans et négocians étrangers qui viendront s'établir et habiter dans ladite ville. Voulons, en conséquence, qu'ils jouissent des mêmes privilèges, prérogatives, exemptions et avantages que nos naturels sujets, sans que pour ce, ils soient tenus, ni d'obtenir aucunes lettres de nous, ni de nous payer aucune finance, de quoi nous les dispensons et déchargeons par ces présentes, soit qu'ils fixent pour toujours leur domicile dans ladite ville, soit qu'ils s'y établissent seulement pour leur trafic ou négoce, à condition toutefois qu'ils se conformeront exactement à nos ordonnances sur le fait de la mer, et aux statuts et règlemens qui sont ou seront faits touchant leur trafic ou négoce. Entendons que, dans le cas où ils y contreviendraient, ils demeurent déchus desdits privilèges. Dérogeons, à l'effet de tout ce que dessus, mais pour ce regard seulement, et sans que cela puisse tirer à conséquence, à tous édits, ordonnances, réglemens et autres choses à ce contraires».

Cette loi a été enregistrée à la cour des aides de Paris, le 19 mars 1784. V. *Francais*. (*M. Guyot*)*

[[II. On voit par le tit. 1 de la coutume de Bruges, que la ville de Dunkerque était autrefois administrée, en matière d'aides et de finances, par les échevins de Bruges, comme *seconds membres de la Flandre flamande*.

C'est peut-être de cet ancien ordre de choses qu'est dérivé l'usage où l'on a été à Dunkerque, jusqu'à la publication du Code Napoléon, de suivre la coutume de Bruges, non comme loi territoriale, mais comme loi d'adoption. V. *Dessérence* et *Corps d'arts et métiers*.

De ce que la coutume de Bruges ne faisait loi à Dunkerque, avant la publication du Code Napoléon, que par l'adoption que les habitans en avaient faite, il résulte que les lois romaines auxquelles les lettres-patentes approbatives de cette coutume renvoient la décision des cas qui n'y sont pas prévus, n'avaient pas alors dans le territoire de Dunkerque une autorité telle qu'un jugement qui y eût contrevenu, fût, de ce chef, sujet à cassation. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 5, pag. 46.

III. L'ordonnance du commerce du mois de mars 1673 faisait-elle loi à Dunkerque, avant la publication du Code de commerce? V. *Séparation de biens*.]]

* DUPLICATA. C'est le double d'une dépêche, d'un brevet, d'un arrêt, d'une quittance, etc.

On fait dans l'usage une différence entre *Duplicata* et copie collationnée. Le *Duplicata* est une double expédition tirée sur la minute, au lieu que la copie collationnée n'est ordinairement tirée que sur l'expédition. Cette différence est très bien marquée dans l'arrêt du parlement de Paris du 2 septembre 1715, concernant la régence du royaume; la cour ordonna que des *Duplicata* de cet arrêt seraient envoyés aux autres parlemens du royaume, et des copies collationnées aux bailliages et sénéchaussées du ressort, pour y être lues, publiées et registrées, etc. Le parlement de Paris, en envoyant ainsi aux autres parlemens des *Duplicata*, leur communiqua ses arrêts pour les faire registrer; au lieu qu'en envoyant aux bailliages du ressort de simples copies collationnées, il ne fit que suivre sa pratique ordinaire, qui est de leur faire exécuter tous les arrêts qu'il donne.

Lorsqu'un notaire fait par Duplicata deux minutes du même acte, l'une et l'autre doivent être contrôlées [[aujourd'hui enregistrées]]; mais il ne doit être payé qu'un droit pour les deux. C'est ce qui résulte de l'arrêt du conseil donné en forme de règlement le 9 novembre 1700. (*M. Guyot*).*

Digitized by Google

EAU.

EAU. C'est cette substance liquide dont sont formés la mer, les rivières, les ruisseaux, les fontaines, etc. *V. Alluvion, Canal, Curage, Cours d'eau, Étang, Ile, Mer, Moulin, Pêche et Rivière.*

[[EAU-DE-VIE. *V. Distillateur, Déclaration aux bureaux des droits réunis, et Droits réunis.*]]

[[EAUX MINÉRALES. Un arrêt du conseil, du 5 mai 1781, contient sur la police des Eaux minérales, des dispositions qui sont, pour la plupart, renouvelées par un arrêté du directoire exécutif, du 29 floréal an 7, dont voici les termes :

» Le directoire exécutif, ouï le rapport du ministre de l'intérieur; — considérant que dans plusieurs des cantons où sont situées des sources et fontaines d'Eaux minérales, les anciens réglemens qui y sont relatifs, sont entièrement oubliés et sans vigueur; — considérant que de l'inexecution des dispositions qu'ils renferment, il résulte journellement des abus et des exactions qu'il importe de réprimer; voulant d'ailleurs donner à cette partie d'administration publique, une organisation plus conforme aux principes de la législation actuelle; vu la loi du 17 avril 1791 (v. st.) qui ordonne l'exécution des anciens réglemens sur la police des médicamens; — vu enfin l'avis de l'école de médecine, — arrête ce qui suit :

» Art. 1. Les officiers de santé nommés par le directoire exécutif pour l'inspection des Eaux minérales, adresseront chaque année, à l'administration municipale du canton, pour être par elle transmise à l'administration centrale du département, qui en rendra compte au ministre de l'intérieur, l'analyse des maladies des personnes qui se seront présentées aux Eaux, les traitemens qu'elles auront subis, et le résultat qui en aura été obtenu. Ils feront également part de l'état dans lequel se trouveront les sources et fontaines auxquelles ils sont attachés, et nommeront, sous l'approbation de l'administration municipale, les baigneurs et autres personnes nécessaires au service. (*Art.* 3, 6 et 7 *de l'arrêt du conseil d'état, du* 5 *mai* 1781).

» 2. Ces officiers veilleront avec soin à la propreté et conservation des sources et fontaines, et donneront leurs avis et observations sur les réparations, changemens et améliorations qu'ils jugeront utiles et nécessaires : aucunes réparations, changemens et améliorations ne pourront avoir lieu sans l'approbation de l'administration du département, qui en rendra compte au ministre de l'intérieur. (*Art.* 3 *de l'arrêt du* 5 *mai* 1791).

» 3. Les malades qui se proposeront de faire usage des Eaux minérales, soit sous la forme des bains, soit sous celle des douches, préviendront les officiers de santé inspecteurs des Eaux, afin qu'ils puissent indiquer à chacun des malades, l'heure à laquelle ces remèdes pourront leur être administrés, et veiller à ce qu'ils soient servis avec la plus grande exactitude. (*Art.* 18 *du même arrêt*).

» 4. Les douches et autres opérations propres à favoriser le succès des Eaux, seront dirigées par les officiers de santé inspecteurs en chef; et en cas d'absence, de maladies ou autres cas imprévus, par les inspecteurs adjoints. Pourront néanmoins être admis au traitement les médecins ordinaires des malades, lorsque les malades en témoigneront le désir. (*Art.* 5 *du même arrêt*).

» 5. Les plaintes et réclamations qui pourront s'élever relativement au service, seront portées pardevant l'administration municipale du canton, sauf le recours à l'autorité supérieure. (*Art.* 24 *de l'arrêt. — Cette disposition est d'accord avec l'art.* 1er *de l'arrêté du directoire, du* 23 *vendémiaire, qui attribue aux municipalités la police des Eaux*).

» 6. Les dépenses et frais de route des indigens qui se présenteront, en exécution de l'arrêté du 23 vendémiaire dernier, pour recevoir gratuitement le secours des Eaux minérales, seront à la charge des communes qui les auront adressés, comme objet de dépenses communales; à l'effet de quoi elles prendront les mesures convenables pour y pourvoir. (*Les communes ont des revenus ou des secours du Gouvernement, sur lesquels elles doivent pourvoir à cette nature de dépense*).

» 7. Les administrations centrales de département, sur l'avis des officiers de santé inspecteurs, soumettront sans délai au ministre de l'intérieur, une nouvelle fixation du prix des Eaux minérales situées dans leurs arrondissemens respectifs : en attendant, elles seront payées suivant et conformément aux tarifs existans. (*Art.* 22 et 23 *de l'arrêt. — Presque par-tout on paye une rétribution destinée de tout temps à l'entretien des sources et autres frais y relatifs*).

» 8. Les débit et distribution des Eaux hors la source, n'auront lieu que dans les bureaux de distribution qui seront établis sous l'approbation du ministre de l'intérieur; à l'effet de quoi seront exécutés, en ce qui n'est pas contraire au présent, la déclaration du 25 avril 1772, les arrêts du ci-devant conseil d'état, des 1er avril 1774 et 12 mai 1775, la déclaration du 26 mai 1780, et enfin l'arrêt du ci-devant conseil d'état du 5 mai 1781. (*Les Eaux minérales sont comprises dans la classe des médicamens sujets à des mixtions et falsifications. La loi du 17 avril 1791 doit leur être appliquée : tel est l'avis de l'école de médecine*).

» 9. Les bureaux de distribution seront sujets à l'inspection de deux commissaires choisis parmi les gens de l'art, par les administrations municipales ou bureaux centraux des communes où ils seront établis : les directeurs se conformeront, pour la

Digitized by Google

vente des Eaux, aux tarifs qui en seront déterminés. (*Art.* 11 et 12 *de l'arrêt du conseil du* 5 *mai* 1781, *pour Paris; et art.* 16 *pour les départemens*).

» 10. Pourra tout particulier faire venir, par la voie qui lui conviendra le mieux, toutes espèces d'Eaux minérales dont il aura besoin pour sa santé, en certifiant à l'officier inspecteur de l'Eau minérale, conformement aux dispositions de l'art. 21 de l'arrêt du conseil d'état du 5 mai 1781, que la quantité demandée est destinée pour son usage. (*Art.* 21 *de l'arrêt*).

» 11. Les Eaux destinées à quelqu'envoi, soit pour les bureaux de distribution, soit pour des particuliers qui en auront demandé pour leur service personnel, ne pourront être puisées à leur source qu'en présence des officiers de santé attachés à ces établissemens : ils indiqueront l'heure la plus convenable, et certifieront par écrit leur présence. (*Art.* 8 *de l'arrêt du* 5 *mai* 1781).

» 12. Immédiatement après que les bouteilles auront été remplies à la source, elles seront exactement bouchées : l'officier de santé veillera à ce que l'on y appose l'empreinte d'un cachet dans l'exergue duquel sera inscrit le nom de la source. Ce cachet lui sera remis par l'administration centrale du département. (*Art.* 9 *du même arrêt*).

» 13. L'officier de santé instruira de chaque envoi l'administration du canton où se trouvent les Eaux, et lui enverra une facture exacte, indiquant le nombre et la forme des bouteilles, avec la date de l'année, du mois et du jour où les Eaux auront été puisées, avec les noms et demeure de la personne à laquelle l'envoi sera destiné; le tout sera par lui signé et certifié. Copie de cette facture, certifiée par l'administration, sera pareillement adressée par l'officier de santé, avec l'empreinte du cachet et le certificat de présence, aux personnes qui auront demandé les Eaux; le tout, pour leur assurer la fidelité des objets expédiés à leur adresse. (*Art.* 10).

» 14. Les directeurs attachés aux bureaux de distribution, lorsqu'ils auront reçu des caisses d'Eaux minérales, en préviendront les administrations municipales ou bureaux centraux, qui chargeront aussitôt les commissaires choisis, conformément aux dispositions de l'art. 7, de procéder à leur examen. Les caisses ne pourront être ouvertes qu'en présence de ces commissaires. (*Art.* 11 *de l'arrêt du* 5 *mai* 1781).

» 15. Les fonctions des commissaires seront de constater l'état des Eaux minérales arrivées au bureau, et de vérifier les certificats et factures relatifs à leur envoi. Ils examineront également les Eaux de même nature, pour s'assurer si elles sont en état d'être livrées au public. Dans le cas où elles seraient altérées, ils en rendront compte à l'autorité qui les aura nommées, laquelle prendra les mesures convenables en pareil cas; indépendamment de quoi ils feront un recensement général desdites Eaux tous les ans. (*Art.* 13).

» 16. Le directeur de chaque bureau de distribution tiendra un compte exact des bouteilles d'Eaux minérales qu'il aura reçues, de celles qu'il aura vendues, et de celles qui seront encore au dépôt, et qui auront été jugées en assez bon état pour être livrées au public. Il arrêtera chaque mois ledit compte avec les commissaires qui le justifieront et le parapheront. Il en sera fait deux copies, l'une desquelles sera remise à l'administration municipale du canton, ou au bureau central pour les communes où il y a plusieurs administrations municipales, et l'autre restera au bureau de distribution. (*Art.* 14 et 15).

» 17. Tout propriétaire qui découvrira dans son terrain une source d'Eau minérale, sera tenu d'en instruire le gouvernement pour qu'il en fasse faire l'examen; et, d'après le rapport des commissaires nommés à cet effet, la distribution en sera permise ou prohibée, suivant le jugement qui en aura été porté. (*Art.* 18.)

» 18. Les sources d'Eaux minérales appartenant à la république, seront affermées, et les produits spécialement employés, tant au paiement des réparations des sources et fontaines, qu'à l'amélioration de ces établissemens. (*Art.* 22 *et* 23 *de l'arrêt*).

» 19. D'après les comptes qui seront rendus chaque année par les administrations centrales de département, il sera procédé à un recensement général des Eaux ou sources minérales, et il en sera rédigé une liste indicative de celles qui seront dignes d'attention; à l'effet de quoi l'école de médecine de Paris sera autorisée par le ministre à reconnaître avec soin, et d'après les nouvelles lumières acquises en chimie, la nature et les vertus des anciennes Eaux minérales, d'en recommencer l'analyse, et de les classer d'après leurs propriétés. (*Conforme aux dispositions générales de l'arrêt du* 1er *mai* 1781.)

» 20. Le ministre de l'intérieur est autorisé à faire à cet effet, pour la police et distribution des Eaux, les autres instructions nécessaires. Il veillera à l'exécution du présent arrêté ».

Cet arrêté est modifié en quelques points par celui que le gouvernement consulaire a pris sur le même objet, le 3 floréal an 8, et dont voici les dispositions les plus remarquables :

« *Art.* 1. Les préfets feront mettre en adjudication à l'enchère le produit des Eaux minérales dans les lieux où se trouvent des sources appartenant à la république. Le cahier des charges contiendra le prix des Eaux, bains et douches.

» 2. La durée du bail sera de trois années. A défaut de paiement du prix du bail, ou de l'exécution des clauses y contenues, il pourra être résilié par le conseil de préfecture, et readjugé à la folle enchère du fermier.

» 3. Le prix des baux sera payable par trimestre et d'avance : il sera versé à titre de dépôt, dans la caisse du chef-lieu de préfecture, pour être uniquement employé à l'entretien et à la réparation des sources, ainsi qu'au traitement des officiers de santé chargés de l'inspection des Eaux : En cas d'excédant, il en sera disposé par le ministre de l'inté-

Digitized by Google

rieur pour les travaux et recherches nécessaires au perfectionnement de la science des Eaux minérales.

» 4. Aucun officier de santé inspecteur des Eaux minérales, ou son adjoint, aucun propriétaire d'Eau minérale dans le lieu où se trouvent des Eaux minérales appartenant à la république, ne pourra se rendre adjudicataire de ces Eaux.

» 5. Conformément à l'art. 7 du règlement du 29 floréal an 7, les préfets soumettront, avant toute adjudication, et dans le plus bref délai, à la confirmation du ministre, la fixation du prix des Eaux bues à la source, de celles qui seront puisées pour être envoyées dans les dépôts ou aux particuliers, ainsi que le prix des bains et des douches.

» 6. L'officier de santé inspecteur indiquera les travaux nécessaires à l'entretien et à la répartition des sources, au préfet, qui, après avoir consulté l'ingénieur du département, en ordonnera l'exécution.

» 7. Dans le cas où les sources exigeraient des constructions nouvelles, il en sera fait un devis estimatif que le préfet adressera au ministre de l'intérieur, lequel en ordonnera l'exécution, s'il y a lieu.

» 8. Les officiers de santé chargés de l'inspection des Eaux minérales, proposeront au préfet les règlemens nécessaires pour le maintien de l'ordre et de la discipline dans l'administration des Eaux. — Ils proposeront de même les articles à insérer dans le cahier des charges, pour fixer les conditions auxquelles seront tenus les fermiers, soit pour le nombre des agens qui seront employés, soit pour les diverses fournitures de combustibles, baignoires, et autres objets nécessaires au service des Eaux.....

» 11. Les articles de l'arrêté du directoire exécutif du 29 floréal an 7, concernant l'administration des Eaux minérales, seront exécutés dans tout ce qui n'est pas contraire au présent ».

A cet arrêté en a succédé un autre du 6 nivose an 11, qu'il n'importe pas moins de connaître :

« *Art.* 1. Les baux à ferme des Eaux minérales, bains et établissemens en dépendans, dont les communes sont ou seront reconnues propriétaires, seront adjugés à l'avenir par-devant le sous-préfet de l'arrondissement du département, et en présence du maire de la commune sur le territoire de laquelle les Eaux sont situées.

» 2. En exécution de l'art. 2 de la loi du 11 février 1791, les adjudications ne pourront avoir lieu que dans les formes prescrites par la loi du 5 novembre 1790.

» 3. Le cahier des charges en sera dressé par le sous-préfet, sur l'avis et la proposition du conseil municipal, et approuvé par le préfet du département.

» 4. Les réparations à faire aux sources seront autorisées par les préfets, dans les formes prescrites par l'art. 2 de l'arrêté du 29 floréal an 7, et par l'art. 6 de l'arrêté du 3 floréal de l'année suivante, après avoir pris l'avis du conseil municipal et du sous-préfet de l'arrondissement.

» 5. Seront pareillement exécutées, en ce qui concerne les constructions et améliorations dont les sources communales seront susceptibles, les dispositions de l'art. 7 de l'arrêté du 3 floréal an 8, et, à l'égard du prix des Eaux, les dispositions de l'art. 4 du même arrêté.

» 6. Les produits des Eaux seront spécialement réservés pour l'entretien, les réparations et améliorations des sources, bains et établissemens en dépendans, ainsi que pour le paiement des officiers de santé chargés de leur inspection. L'excédant des produits sera versé dans les caisses municipales, pour en être dispose suivant le règlement du 4 thermidor an 10, sur l'administration des revenus municipaux.

» 7. Les dispositions prescrites par l'art. 6, seront suivies pour le produit des sources minérales qui appartiennent à la république, excepté pour le versement de l'excédant, qui sera fait dans la caisse d'amortissement, à la diligence des préposés des domaines, pour y rester à la disposition du ministre de l'intérieur, et être par lui appliqué à l'amélioration des Eaux minérales ou aux secours aux indigens auxquels ces Eaux seront nécessaires.....

» 9. Seront, au surplus, les droits de propriété des communes sur les sources minérales, discutés et réglés, en cas de contestation des communes avec la république, par-devant les conseils de préfecture, le directeur des domaines entendu, et sauf la confirmation du gouvernement.

» 10. Quant aux sources exploitées par les particuliers qui en seront propriétaires, ils seront tenus de se conformer aux règlemens de police des Eaux minérales, et de pourvoir, sur le produit de ces Eaux, au paiement du traitement de l'officier de santé que le gouvernement jugera nécessaire de commettre pour leur inspection; ils seront pareillement tenus de faire approuver par le préfet, le tarif du prix de leurs Eaux, sauf le recours au gouvernement, en cas de contestation.

» 11. Seront au surplus observés, pour toutes les Eaux minérales et pour le débit et la vente des Eaux hors la source, les arrêtés des 23 vendémiaire an 6, 29 floréal an 7 et 3 floréal an 8, dans tous les articles non rapportés ou modifiés par le présent ».

Ces trois règlemens sont communs à toutes les Eaux minérales de la France. En voici un autre qui concerne particulièrement celles de Barrèges :

« Napoléon, Empereur des Français, (porte le décret impérial du 30 prairial an 12), — Vu l'arrêt du conseil d'état du 6 mai 1732, concernant l'établissement thermal de Barrèges, département des Hautes-Pyrénées, et la loi du 29 floréal an 10, relative aux contraventions en matière de grande-voirie; le conseil d'état entendu, décrète :

» *Art.* 1. Conformement à l'arrêt du conseil d'état du 6 mai 1732, il est expressément défendu de faire à l'avenir aucune construction nouvelle dans la commune de Barrèges, sans l'autorisation du préfet des Hautes-Pyrénées, et hors l'alignement qui sera

Digitized by Google

donné par lui à cet effet, sous les peines prescrites par ledit arrêt du conseil.

» 2. En conformité du même arrêt du conseil, il est également défendu à tous propriétaires ou cultivateurs des terres ou près situés au-dessus de Barrèges et du grand chemin allant à Bagnères, de mettre ou faire mettre l'Eau des torrens dans les près pour les arroser, à peine de cinq cents francs d'amende; comme aussi de couper ou degrader, de quelque manière et sous quelque prétexte que ce soit, les arbres et bois qui sont au-dessus de la muraille à pierres sèches qui couvre le village et le met à l'abri des ravins, sans les autorisations prescrites et sous les peines prevues par les lois.

» 3. Le préfet des Hautes-Pyrénées proposera au gouvernement, pour être approuvées dans les formes voulues par les lois, toutes les mesures qu'il croira utiles pour prescrire et imposer aux communes de la vallée de Barrèges, et aux particuliers qui ont défriché les montagnes environnant les bains et le village de Barrèges, tous les semis, toutes les replantations d'arbres, toutes les prohibitions d'arrosemens, de dépaissance, de nouveaux défrichemens, et tous les travaux et prestations qui seront jugés necessaires pour empêcher la formation des ravins et des avalanches, et assurer la conservation de l'etablissement thermal, après avoir pris l'avis desdites communes.

» 4. Les contraventions au présent décret seront constatées, dans les formes prescrites par la loi du 29 floréal an 10, par les maires ou adjoints, les ingénieurs des ponts et chaussées, leurs conducteurs, le commissaire de police de Barrèges, les médecins inspecteurs des Eaux, la gendarmerie, et par les fonctionnaires dûment assermentés; il sera statué définitivement sur lesdites contraventions, en conseil de préfecture, conformément à ladite loi; et les arrêtes seront exécutoires, ainsi qu'il est prescrit en l'article 4 de cette loi ».]]

[[EAUX PLUVIALES. Ce sont les Eaux qui tombent des nues. Elles donnent lieu à plusieurs questions.

I. Le propriétaire du fonds sur lequel tombent des Eaux pluviales, est-il obligé de les y retenir, et serait-on fondé à se plaindre de ce qu'il n'en empêche pas l'écoulement dans les fonds voisins vers lesquels leur pente les condnit naturellement?

Non. A la verité, nul ne peut, si un titre de servitude ne l'y autorise, faire passer les Eaux ni rien que ce soit de son fonds dans celui de son voisin. *Aristo respondit... non putare se ex taberná casearia fumum in superiora ædificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait et ex superiore in inferiora non Aquam, non quid aliud immitti licet : in suo enim hactenùs alii facere licet, quatenùs nihil in alienum immittat ; fumi autem sicut Aquæ esse immissionem.* (Loi 8, §. 2, D. *si servitus vindicetur.*)

Mais cela ne s'entend que des Eaux qui, par la position du lieu où elles se trouvent, sont destinées à y rester, ou à en sortir par une issue différente de celle qu'on prétend leur donner. — A l'egard des Eaux que leur pente conduit naturellement vers un fonds voisin, le propriétaire de ce fonds est obligé de les recevoir; il peut seulement empêcher le propriétaire du fonds supérieur de rien faire sur son terrain, qui, ou grossisse la masse des Eaux pluviales qu'il lui envoie, ou la corrompe, ou la rende, par quelque moyen que ce soit, plus nuisible qu'elle ne l'est d'elle-même. *Si cui Aqua pluvia damnum dabit, actione Aquæ pluviæ arcendæ avertetur Aqua.... Hæc autem actio locum habet..... totiès quotiès manu facto opere agro Aqua nocitura est : id est cùm quis manu fecerit, quo ait r flueret quàm naturá soleret ; si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem aut vehementiorem ; aut si comprimendo redundare efficerit. Quod si naturá Aqua noceret, ea actione non cessetur.* (Loi 1, pr. et §. 1. D. *de Aquâ et Aquæ pluviæ arcendæ.*)

L'héritage inférieur est donc asservi par la nature même, à recevoir les Eaux pluviales de l'héritage supérieur. *Semper enim hanc esse servitutem inferiorum prædiorum, ut naturá profluentem Aquam excipiant.* (Même loi, §. 32.)

Le propriétaire de l'héritage inférieur ne peut même pas, au mépris de cette servitude naturelle, faire sur son fonds des ouvrages dont l'effet soit de refouler les Eaux pluviales vers l'héritage supérieur: *Item sciendum est hanc actionem vel superiori adversùs inferiorem competere, ne Aquam quæ naturá fluat, opère facto inhibeat per suum agrum decurrere ; et inferiori adversùs superiorem, ne aliter Aquam mittat quàm fluere natura solet.* (Même loi, §. 13.).

Toutes ces règles se retrouvent dans le Code Napoléon. « Les fonds inférieurs (porte-t-il, art. 640), sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les Eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. — Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. — Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ».

II. Mais voici une question sur laquelle le Code Napoléon est muet, et dont nous ne pouvons trouver la solution que dans les lois romaines.— Il existait dans l'héritage supérieur une digue qui y retenait les Eaux pluviales : le propriétaire de l'héritage supérieur a détruit cette digue : le propriétaire de l'héritage inférieur a-t-il une action pour le forcer à retenir ces Eaux. Le §. 23 de la loi citée décide que non : *Sed et si vicinus opus tollat, et, sublato eo, Aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat Aquæ pluviæ arcendæ agi non posse.*

Si cependant le propriétaire de l'héritage inférieur offrait de rétablir à ses frais la digue qui a été detruite, soit par le propriétaire de l'héritage supérieur, soit par la force des Eaux, le propriétaire de l'héritage inferieur ne pourrait pas s'y opposer, à moins qu'il ne prouvât que la digue lui

Digitized by Google

est nuisible. *Item Varus ait*, (porte la loi 2, §. 5, D. *de Aquâ et Aquæ*), *aggerem qui in fundo vicini erat, vis Aquæ dejecit : per quod effectum est, ut Aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere Aquæ pluviæ arcendæ actione, ut eum reponat vel reponi sinat. Idemque putat, et si manufactus fuit, neque memoria ejus extaret : quod si latet, putat Aquæ pluviæ arcendæ actione eum teneri. Labeo autem si manufactus sit agger, etiam si memoria ejus non extat, agi posse ut reponatur. Nam hâc actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem quod jure facere possit. Quanquam tamen deficiat Aquæ pluviæ arcendæ actio : attamen opinor UTILEM ACTIONEM vel interdictum mihi competere adversùs vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi verò nihil nociturus est : hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.*

Rousseaud de La Combe a donc avancé une erreur, lorsque, dans sa *Jurisprudence civile*, au mot *Eau*, n. 6, il a dit que « si la digue a été rompue par le fait du propriétaire de l'héritage supérieur, il est tenu de la réparer à ses frais ». Le texte que nous venons de transcrire, décide positivement le contraire. Et la loi 1, §. 1, *de Aquâ et Aquæ*, que cet auteur cite à l'appui de son assertion, ne contient pas un seul mot qui y soit relatif.

III. On a dit plus haut, n. 1, que le propriétaire du fonds inférieur ne peut point y faire d'ouvrages qui empêchent l'écoulement des Eaux pluviales que le fonds supérieur lui envoie. Mais que doit-on décider s'il n'empêche cet écoulement que par sa négligence à curer un fossé qui se trouve dans son fonds, et qui, engorgé par les immondices dont il est rempli, fait refluer les Eaux vers le fonds supérieur. Dans ce cas, le propriétaire du fonds supérieur peut contraindre le propriétaire du fonds inférieur, sinon à curer le fosse, du moins à le lui laisser curer à ses frais. *Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causâ, nec memoriam extare quandò facta est ; hanc inferior vicinus non purgabat, sic fiebat ut ex restagnatione ejus Aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo Aquæ pluviæ arcendæ cùm inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut le pateretur in pristinum statum eam redigere.* (Loi 2, §. 1, D. *de Aquâ et Aquæ.*)

IV. A l'égard des Eaux pluviales qui tombent sur une maison, le propriétaire de cette maison ne peut pas en disposer les toits de manière à faire verser directement ces Eaux dans les héritages voisins; il est tenu au contraire de les disposer de manière que ces Eaux tombent directement ou sur son propre fonds ou sur la voie publique. C'est la disposition expresse de l'art. 681 du Code Napoléon.]]

[[EAUX THERMALES. *V. Eaux minérales.*]]

EAUX ET FORÊTS. *V. Bois, Forêt, Futaie, Chasse, Garde, Faux, Grand-Maître, Maîtrise, Pêche* et *Table de Marbre.*

ECART, ESCAS, ISSUE, BOUTE-HORS. Ces termes, absolument synonymes, désignent dans les Pays-Bas un droit que plusieurs villes et certains seigneurs sont en possession de lever sur le biens qui passent des mains d'un bourgeois entre celles d'un forain, soit par succession, soit par toute autre voie.

Les auteurs ne s'accordent pas sur l'origine de ce droit; les uns prétendent qu'il vient des Hébreux, parmi lesquels on était obligé de payer certaines taxes, quand on changeait de tribu.

Les autres en attribuent l'introduction à l'empereur Auguste; ils se fondent sur un édit de ce prince confirmé par l'empereur Adrien, qui ordonnait la levée du vingtième de toutes les successions testamentaires laissées à des étrangers. Mais il paraît (par le précis que Dion nous a donné de cet édit, et par l'analyse qu'on en trouve dans le Code de Justinien au titre *de edicto divi Adriani tollendo*), que cette taxe comprenait aussi bien les habitans de Rome que les forains, et que le mot *étrangers* n'était employé dans la loi que par opposition aux héritiers légitimes.

Quelques autres auteurs, tels que Zazius, Gayl, Grœveus, regardent ce droit comme un reste et une image de celui qu'on trouve établi dans le Code Justinien, au titre *quandò et quibus quarta pars debetur ex bonis decurionum, et de modo distributionis eorum.* On voit en effet, dans les différentes lois rangées sous ce titre, que l'empereur Théodose, voulant prévenir le dépérissement des *curies* ou senats particuliers des villes municipales, leur permit de s'approprier le quart des successions testamentaires ou legitimes de chacun de leurs membres, qui seraient déférées à des étrangers, *non curialibus.*

Quelle que soit au reste la loi qui a servi de modèle à l'établissement du droit d'Ecart, il est assez vraisemblable que ce droit a pris naissance avec les communes. Peut-être crut-on qu'un des meilleurs moyens d'assurer les confédérations que les habitans des villes formaient respectivement entre eux pour se défendre contre les incursions de leurs voisins et l'oppression de leurs seigneurs, était d'empêcher que leurs biens ne passassent à des étrangers, et de restreindre aux seuls bourgeois le droit d'acquérir les uns des autres, et de se succéder réciproquement. Mais, comme une pareille loi eût mis trop d'entraves au commerce qui doit régner entre les sujets d'un même prince, on se contenta d'attribuer aux villes une certaine quotité de la valeur ou du prix des biens que leurs bourgeois feraient passer dans des mains étrangères.

La plupart des jurisconsultes allemands et flamands, qui ont écrit sur ce droit, se sont efforcés d'en faire voir la justice et de lui donner un certain degré de faveur; ils l'ont même comparé au droit

Digitized by Google

d'aubaine, en vertu duquel nos rois recueillent les successions des étrangers qui meurent en France, sans y être naturalisés; mais il y a bien de la différence entre l'un et l'autre : le premier s'étend jusqu'aux régnicoles et s'exerce aussi-bien sur les aliénations entre-vifs que sur les successions testamentaires et légitimes : le second au contraire est borné aux étrangers non naturalisés et n'a lieu qu'après leur mort. Si donc le droit d'aubaine n'a jamais été regardé comme favorable, à plus forte raison doit-on regarder celui d'Ecart, sinon comme injuste, au moins comme odieux.

[[Aussi a-t-il été supprimé par l'art. 2 de la loi du 19 juillet 1790, avec extinction de « toutes procédures, poursuites et recherches qui auraient eu ce droit pour objet ».]]

* ÉCARTELER. Mettre en quatre quartiers. Sorte de supplice qu'on fait souffrir à de grands criminels, en les tirant à quatre chevaux.

Ce genre de supplice fort ancien, n'a lieu ordinairement que pour les crimes de lèse-majesté humaine au premier chef; et dans ce cas, il est accompagné de plusieurs autres peines qui en augmentent la rigueur, comme d'être tenaillé avec des tenailles ardentes, etc. Ce supplice fut prononcé en 1594 contre Jean Châtel; en 1610, contre François Ravaillac, et en 1757 contre Robert-François Damieus.

On trouve des exemples où ce supplice a été employé pour punir des attentats à la personne des princes du sang. Il eut lieu en 1536 contre un particulier qui avait empoisonné le dauphin, fils aîné de François Ier; en 1582 contre Salcède, qui avait attenté à la personne du duc d'Aujon, frère du roi; et en 1563, contre Jean Poltrot, pour avoir assassiné le duc de Guise.

Le même supplice a été employé aussi quelquefois contre des chefs de conjuration : il le fut, en 1548, contre un nommé Lavergne, l'un des principaux chefs de la conjuration de Bordeaux. (*M. Dareau.*) *

[[Ce genre de supplice est aboli par le Code pénal du 25 septembre 1791. *V. Décapitation.*]]

* ÉCHANGE. C'est l'acte par lequel deux personnes se transportent réciproquement la propriété de quelque chose.

I. L'Echange a été le premier moyen que les hommes aient employé pour acquérir la propriété des choses : l'un donnait à l'autre ce qui lui était inutile ou peu nécessaire, pour obtenir une chose dont il avait besoin.

Quelque naturel que soit le contrat d'Echange, il avait dans le droit romain, des règles qui sont opposées à notre usage. Ce droit considérait l'Echange comme un contrat informe qu'on mettait au rang de ceux qui n'avaient point de nom : il en résultait cet effet, que, quand il n'y avait qu'un simple contrat d'Echange, sans être revêtu de la forme de la stipulation, et sans délivrance de part ni d'autre, il ne produisait aucune action pour en demander l'exécution; et que, quand la délivrance [[n'était faite que d'une part, celui qui l'avait faite, n'avait pour exiger juridiquement ce qu'on lui avait promis en contre Echange, que l'action appelée en droit *præscriptis verbis*, action qu'il pouvait cependant ne pas exercer, lorsqu'il aimait mieux reprendre ce qu'il avait donné. *V.* les lois 1 et 4, C. *de rerum permutatione.*]] — Mais comme toutes les conventions doivent être exécutées parmi nous, le contrat d'Echange y produit tout l'effet dont il est susceptible; et ceux entre lesquels il est intervenu sont obligés de l'exécuter. — [[Aussi l'art. 1703 du Code Napoléon porte-t-il que « l'Echange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente ».]]

Le contrat d'Echange a de la ressemblance avec le contrat de vente : c'est pourquoi les Sabiniens disaient que l'Echange était un vrai contrat de vente : mais l'opinion des Proculéiens qui soutenaient que le contrat d'Echange différait du contrat de vente, était mieux fondée : en effet, dans le contrat de vente on distingue la chose et le prix, ainsi que le vendeur et l'acheteur : au lieu que, dans le contrat d'Echange, chacune des choses est en même temps chose et prix, et chacun des contractans est à la fois vendeur et acheteur. [[Loi 1, D. *de contrahendâ emptione;* loi 1, D. *de rerum permutatione.*]]

Au reste, quoique le contrat d'Echange diffère du contrat de vente, il produit néanmoins dans chacun des contractans les mêmes obligations que ce contrat, [[*Code Napoléon, art.* 1707.]] — C'est pourquoi on doit regarder le contrat d'Echange comme tenant de la nature du contrat de vente. [[*Permutatio vicina est emptioni*, dit la loi 2, D. *de rerum permutatione.* La loi 2 du même titre, au Code, dit également : *Permutationem vicem emptionis obtinere non est juris incogniti.*]]

Dans le contrat d'Echange, chacun des contractans s'oblige envers l'autre à lui délivrer la chose qu'il a promise de lui donner en Echange, ainsi qu'à le garantir des évictions, des charges réelles et des vices rédhibitoires. Celui qui ne remplit pas son obligation, est tenu envers l'autre des dommages et intérêts résultans de l'inexécution de la convention; de même que, dans le contrat de vente, le vendeur en est tenu envers l'acheteur.

[[L'art. 1704 du Code Napoléon porte que « si l'un des copermutans a déjà reçu la chose à lui donnée en Echange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre Echange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue ».

L'art. 1705 ajoute : « Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en Echange, a le choix de conclure à des dommages et intérêts ou de répéter sa chose ».

II. Mais cette faculté *de répéter sa chose*, peut-il l'exercer contre un tiers-acquéreur?

Digitized by Google

La loi 4, C. *de rerum permutatione*, décide que non ; mais ce n'est point pour le cas d'éviction : c'est pour celui où l'échangiste qui demande à reprendre sa chose des mains du tiers-acquéreur, n'a pas encore été mis par son copermutant en possession de l'objet du contre Echange : *Cùm precibus tuis expresseris placitum inter te et alium permutationis intercessisse, eumque fundum à te datum vendidisse, contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cùm ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas. Sed si secundùm placiti stipulatio subjecta est, successores ejusdem cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. Si verò nulla stipulatio intercessit, præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratiâ dedisti, causâ non secutâ, restituatur.* — Ces mots, *causâ non secutâ*, font bien voir que dans l'espèce de cette loi, celui des deux échangistes par qui avait aliéné le bien qu'il avait reçu en Echange, n'avait pas encore livré à son copermutant le bien qu'il s'était engagé de lui donner en contre Echange.

Mais de ce que la loi ne porte que sur ce cas spécifique, s'ensuit-il que sa décision ne soit pas générale ? Sa raison de décider n'est pas tirée de la circonstance que l'Echange n'est pas encore consommé des deux côtés ; elle est uniquement fondée sur ce que le tiers-acquéreur est devenu propriétaire par la translation que l'échangiste lui a faite de l'une des choses respectivement promises en Echange, après l'avoir reçue lui-même de son copermutant. Et pourquoi n'appliquerait-on pas également ce motif, ainsi que la décision qu'il amène, au cas où les deux échangistes se sont mutuellement livré les objets qui ont fait la matière de leur contrat ? Pourquoi l'échangiste évincé de la chose qui lui a été promise et livrée, aurait-il contre le tiers-acquéreur une action que n'a pas l'échangiste à qui n'a pas encore été livrée la chose qui lui a été promise ?

Rien, au premier abord, ne paraît aussi simple. Cependant il y a, du moins suivant le droit romain, une grande différence entre les deux cas.

Comme il n'y a point de contrat de vente sans prix, il n'y a pas non plus de contrat d'Echange, si les deux choses qui en sont l'objet ne deviennent respectivement la propriété des échangistes : *In permutatione verò, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet.* (Loi 1, D. *de rerum permutatione.*)

De là une première conséquence : c'est qu'il n'y a pas de contrat d'Echange, si l'un des deux échangistes donne à l'autre une chose qui ne lui appartient pas : *Idèoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* (Même loi, §. 3.)

Et cette conséquence en amène une seconde : c'est que si l'un des deux échangistes vient à être évincé, le contrat d'Echange, qui jusqu'alors avait paru valable et entièrement consommé, se trouve n'avoir jamais existé réellement, et doit être considéré comme non avenu.

Or si, dans ce cas, il n'y a pas eu de contrat d'Echange, bien sûrement le copermutant de l'échangiste évincé n'a jamais été propriétaire de la chose qu'il a reçue à titre d'Echange ; il n'a donc pas pu transférer la propriété de cette chose ; cette chose a donc continué d'appartenir à l'échangiste évincé ; l'échangiste évincé peut donc la revendiquer sur le tiers-acquéreur.

Qu'il en soit autrement dans le cas dont s'occupe la loi 4, C. *de rerum permutatione*, on le conçoit : dans ce cas, chacun des deux échangistes étant propriétaire de la chose qu'il a promis de donner en Echange, il s'est formé entr'eux un contrat par l'effet duquel celui des deux à qui a été livrée la chose de l'autre, en est devenu propriétaire : propriétaire de cette chose, il a pu l'aliéner ; et l'aliénation qu'il en a faite, ne peut pas être résolue par le refus qu'il fait ensuite de livrer à son copermutant la chose qu'il lui a promise : *Cùm ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas.*

Mais si le contrat d'Echange est nul dans son principe, faute de la qualité de propriétaire dans la personne de l'un des échangistes ; si par-là même il n'y a pas eu, à proprement parler, de contrat d'Echange, la loi citée n'est plus applicable : le tiers qui a acquis de l'échangiste non propriétaire, n'a réellement rien acquis ; et l'échangiste évincé peut exercer contre lui la revendication.

C'est ce qu'ont effectivement jugé deux arrêts du parlement d'Aix, que Duperrier (tome 2, page 313, édition de 1759), rapporte en ces termes : « Par arrêt, prononcé en robes rouges le 24 décembre 1544, il fut jugé que la chose permutée étant évincée, le permutant avait droit de prendre la chose par lui donnée en contre Echange, quoiqu'elle fût entre les mains d'un tiers-détenteur, et que dans l'acte d'Echange il n'y eût qu'une hypothèque générale de tous les biens sans aucune affectation particulière ni autre clause ; et cet arrêt est conforme à un autre du 12 mai 1581, rapporté par M. de Thoron ». — L'annotateur de Duperrier remarque que « la règle établie par ces arrêts, est observée en Provence, même *in beneficiis permutatis* ; et il cite le président de Saint-Jean, décis. 44 et 58, qui en effet l'appuie de deux autres arrêts de la même cour, des 15 mai 1583 et 22 mai 1584.

On trouve cependant au Journal du palais un arrêt du grand conseil qui juge tout autrement. — Le 30 août 1599, Jean Devaux vend à la veuve Fortages une pièce de terre appelée *Faux-Guinières*. — Par contrat du 17 septembre de la même année, Fortages le fils cède, par Echange, cette pièce de terre à Jeanne Cliuet, femme de Jean Devaux, laquelle, dûment autorisée de son mari, lui donne en contre Echange une pièce de terre faisant partie de son fonds dotal. — En 1612, Jean Devaux vend la pièce de Faux-Guinières à Pierre Bouche. — En 1619, cette même pièce est acquise par Vincent Rouzel. — En 1631, Jeanne Clinet, alors veuve de Jean Devaux, obtient des lettres de rescision

Digitized by Google

contre le contrat du 17 septembre 1599, comme renfermant une aliénation prohibée par la loi *Julia*. — Le 15 mai 1654, sentence du sénéchal de Guienne, qui entérine ces lettres, et condamne Fortages à se désister du fonds dotal qu'il avait reçu en Échange de la pièce de Faux-Guinières. — Fortages appelle de cette sentence au parlement de Bordeaux, et cite en garantie Vincent Rodarel. — Ce dernier étant décédé, son héritier Rodarel, conseiller à la cour des aides de Guienne, est cité en reprise par Fortages, et fait évoquer le procès au grand conseil en vertu de son privilége. — Le 30 juin 1665, premier arrêt qui confirme la sentence du sénéchal; et avant faire droit sur la garantie, ordonne que les parties contesteront plus amplement. — Après le décès de Fortages, l'instance en garantie est reprise, d'abord par son héritier Bordes, puis par la veuve de ce dernier. — Le 28 septembre 1666, arrêt, rendu par forclusion, qui condamne Rodarel à garantir la veuve Bordes des condamnations portées par la sentence du 15 mai 1654 et par l'arrêt du 30 juin 1665. — Rodarel se pourvoit, par requête civile, contre cet arrêt de forclusion. — Le 25 mai 1672, arrêt qui entérine la requête civile, et remet les parties au même état qu'elles étaient avant l'arrêt du 28 septembre 1666.

Au fond, dit l'arrêtiste, il s'agissait de savoir si la veuve Bordes, étant aux droits de Fortages, était bien fondée dans sa demande en garantie. — Elle disait que Fortages ayant été évincé du fonds dotal qui lui avait été donné en Échange, il était juste de lui donner son recours sur la pièce de Faux-Guinières, comme étant spécialement affectée et hypothéquée à la garantie par le contrat du 17 septembre 1599; et que Rodarel ne pouvait se défendre de l'action intentée contre lui, qu'en déguerpissant la pièce de Faux-Guinières. — Elle soutenait que la prescription ne pouvait pas être opposée à sa demande en garantie. — Elle s'attachait sur-tout à établir que Fortages étant évincé du fonds dotal, il s'était fait une résolution du contrat d'Échange, et que Fortages était rentré dans la propriété de la pièce de Faux-Guinières, nonobstant les aliénations faites par Jean Devaux, parceque ces aliénations étaient demeurées anéanties et comme non avenues, par l'effet des lettres de restitution de Jeanne Clinet, qui avaient remis les parties au même état où elles étaient avant le contrat d'Échange de 1599. — Or, ajoutait-elle, cette restitution doit avoir lieu, non seulement à l'égard des parties qui ont contracté, mais encore à l'égard du tiers-acquéreur.

Rodarel, de son côté, soutenait que Fortages n'avait pas pu revendiquer sur lui la propriété de la pièce de Faux-Guinières, et qu'il n'avait jamais pu y prétendre qu'une hypothèque. — « La raison en est (disait-il) que, par le contrat d'Échange, Fortages a cédé la propriété qu'il avait dans la pièce de Faux-Guinières; et bien que l'on puisse dire que le contrat d'Échange a été résolu par l'éviction de Jeanne Clinet, cette résolution a lieu à l'égard de ceux qui sont parties dans le contrat, ou qui en sont héritiers; mais elle ne peut ôter le droit qui est acquis au tiers-détenteur: ce qui est conforme à l'opinion de Dumoulin sur la coutume de Paris, art. 33, n. 36, où il dit: *Restitutio in integrum non extenditur ad jura quæsita tertio, si sint ei quæsita ex alio contractu vel causâ extrinsecâ.* — Pour l'intelligence de cette proposition (ajoutait Rodarel), il faut remarquer que la loi civile a établi deux actions, en cas que l'on soit évincé de l'héritage acquis par Échange. L'une est l'action appelée *in factum* ou *præscriptis verbis*, par laquelle on demande d'être indemnisé du préjudice que l'on souffre à cause de l'éviction, ce qui se termine en dommages-intérêts (loi 1, §. 1, C. *de rerum permutatione*; loi 29, C. *de evictionibus*). L'autre est l'action appelée *condictio ob causam dati*, par laquelle on demande la restitution de l'héritage qu'on avait baillé en Échange, comme il paraît dans la loi 1, C. *de rerum permutatione*. — Cette dernière action, qui contient une espèce de résolution du contrat d'Échange, comme dit Cujas, ne peut être dirigée contre le tiers-détenteur, mais seulement contre ceux qui sont obligés par le contrat d'Échange, suivant la loi *cùm precibus*, 4, *C. de rerum permutatione*. — Car c'est un principe que toutes les conditions sont des actions personnelles que l'on ne dirige point contre le tiers-détenteur, *instit. de actionibus*, §. 15; et c'est en cela que les conditions sont différentes des demandes en restitution. — Il est constant que les demandes en restitution sont des actions mixtes que l'on peut intenter contre le tiers-acquéreur, suivant la loi 13, §. *interdum*, *D. de minoribus*. — Mais les conditions sont des actions personnelles dont le tiers-détenteur n'est point tenu. C'est la raison pour laquelle celui qui a été évincé d'un héritage donné en Échange, n'a point d'action contre le tiers-détenteur, *neque in rem*, *neque in personam*, comme dit la glose sur la loi *cùm precibus*; il n'a point d'action réelle, parceque la propriété de l'héritage a passé au tiers-détenteur; il n'a point d'action personnelle, parceque le tiers-acquéreur n'est point obligé par le contrat d'échange. C'est l'opinion de *Burgundus*, dans son Traité *de Evictionibus*, chap. 13, n. 10, où il dit que l'on ne peut demander au tiers-détenteur la restitution de l'héritage baillé en Échange: *Res quæ distracta est, in tertium emptorem amplius condici non potest.* — Il paraît donc clairement que Fortages n'est point rentré dans la propriété de la pièce de Faux-Guinières; et que tout ce qui peut lui appartenir, est une action hypothécaire qui se trouve prescrite ».

Sur ces raisons, arrêt du 30 mars 1673, qui déclare la veuve Bordes non recevable dans sa demande en garantie dirigée contre Rodarel.

« On peut (disent les rédacteurs du Journal du palais) recueillir deux maximes de cet arrêt: — La première, que celui qui a été évincé, ne rentre pas dans la propriété de l'héritage par lui baillé en Échange, quand il a été aliéné au profit d'un tiers,

Digitized by Google

suivant la loi 4, C. *de rerum permutatione*; — La seconde, que le tiers-détenteur qui a joui pendant dix ans, avec titre et bonne foi, d'un fonds affecté en hypothèque à la garantie d'un contrat d'Echange, a acquis prescription de l'hypothèque, encore que le trouble qui donne lieu à la garantie, n'ait été formé que long-temps après ».

La même chose a été jugée au parlement de Toulouse dans l'espèce suivante.— Le 27 octobre 1697, Jean-Clair Paillons vend à Salvagnac un pré qu'il avait acquis à titre d'Echange, d'Amien Gizard. — Plus de dix ans après, Amien Gizard évincé du fonds qu'il avait reçu en contre Echange de Paillons, prétend rentrer dans son pré, par droit de revendication, et conclut subsidiairement à ce que Salvagnac soit tenu de le délaisser par hypothèque, si mieux il n'aime l'indemniser. — Salvagnac répond, 1°. qu'étant tiers-acquéreur, il est, par cela même, à l'abri de la revendication exercée par Amien Gizard; 2°. que l'hypothèque de celui-ci sur le pré est éteinte par la prescription de dix ans. — Par arrêt du 22 février 1741, Salvagnac est déchargé des deux demandes et maintenu dans la pleine propriété et jouissance du pré.

La question s'est représentée depuis peu et a encore été jugée de même. — En 1785, contrat d'Echange entre le sieur Bastier et le sieur Mazade. Bastier donne à Mazade une pièce de terre que celui-ci a vendue au sieur Sarran; et Mazade donne à Bastier un fonds dont celui-ci est évincé long-temps après par la famille Montcalm. — Bastier revendique sa pièce de terre sur Sarran. — Le 4 germinal an 8, jugement du tribunal civil du département du Gard, qui, se fondant sur la loi 1, C. *de rerum permutatione*, conforme à l'art. 1705 du Code Napoleon, condamne Sarran à délaisser la pièce de terre. — Appel. Par arrêt du 19 messidor an 10, motivé sur la loi 4, C. *de rerum permutatione*, la cour de Nimes déclare Bastier non recevable.

Bastier se pourvoit en cassation, et soutient, 1°. que la loi 4, C. *de rerum permutatione* a été mal à propos appliquée par cet arrêt au cas d'éviction, lequel, dit-il, opère de plein droit l'anéantissement de l'Echange, tandis qu'elle ne porte que sur le cas du refus fait par l'un des échangistes, de livrer la chose qu'il avait promis de donner en Echange de celle qu'il a reçue de son copermutant, et qu'il a aliénée depuis; 2°. que cet arrêt contrevient à la loi 1, §. 1, D. *de rerum permutatione*, et à la loi 1 du même titre au Code, qui permettent, suivant lui, à l'échangiste évincé de se faire rendre sa chose, sans distinction des mains où elle se trouve.

Sarran répond, par une consultation de M. Mailhe, que « l'erreur de Bastier provient de ce qu'il ne cesse de confondre l'action en revendication avec l'action appelée *condictio*, et avec l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*. En droit, l'action réelle est appelée *vindicatio*, et l'action personnelle, *condictio*. La loi 15, D. *de actionibus et obligationibus*, porte: *Actionum genera sunt duo: in rem, quæ dicitur vindicatio; et in personam, quæ condictio appellatur*. Les auteurs du *Vocabularium juris utriusque*, au mot *condicere*, disent que *condicere est idem ac actione personali experiri*. — L'action *in factum* ou *præscriptis verbis* est également une action purement personnelle accordée à celui des contractans qui a exécuté le contrat innommé, pour contraindre l'autre à exécuter la convention de son côté, ou à lui payer les dommages-intérêts résultans de son inexécution. — La loi 6, C. *de rerum permut.*, donne à cette action *præscriptis verbis*, le nom d'action civile incertaine. — Pourquoi incertaine, dit Mornac, d'après la glose? *Incerta dicitur, quia continet id quod nostrâ interest, seu interesse, ut loquimur*. — Cela pose, un coup-d'œil sur les lois qu'invoque Bastier, suffit pour écarter ses prétendus moyens de cassation. — La loi 1, §. 3, D. *de rerum permut.*, déclare nul le contrat, dans le cas où l'un des contractans donne en échange la chose d'autrui. *Idcòque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. Mais cette nullité ne s'entend que par rapport aux contractans entre eux. — Ou celui des copermutans qui a reçu la chose d'autrui en Echange, a déjà livré la chose, ou il ne l'a pas encore livrée. — Dans le dernier cas, il n'est point tenu de la livrer: il doit simplement rendre celle qu'il a reçue.— Si, au contraire, il a déjà donné sa chose, il peut la répéter par l'action personnelle appelée *condictio*. — Mais si la chose qu'il avait donnée au copermutant qui lui a donné la chose d'autrui en Echange, a été vendue par ce dernier, aura-t-il l'action réelle ou en revendication contre l'acquéreur? Voilà ce que ne décide point le §. 3; et ce §. doit s'expliquer à cet égard par les lois qui s'y réfèrent. — Le §. 4, qui le suit immédiatement, prévoit le cas où l'un des copermutans a déjà livré sa chose, et où l'autre ne veut ou ne peut pas livrer la chose qu'il a promise en Echange. Dans ce cas, la loi considère le contrat comme non avenu: car elle n'accorde à celui qui a livré sa chose, que le droit de la répéter sans indemnité, par l'action personnelle appelée CONDICTIO: *Igitur ex alterâ parte traditione factâ, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut interest nostram illam rem accepisse, de quâ convenit, sed ut res contrà nobis reddatur*, CONDICTIONI *locus est, quasi re non secutâ*. — La raison qu'en donne la glose, est que le contrat d'Echange n'est point parfait par le consentement, mais bien par la tradition: *Quia non contrahitur consensu permutatio, sed rei traditione, igitur habet locum condictio*. — Le §. 1 de la même loi prévoit précisément le cas où il y a éviction, et conséquemment le cas où l'un des copermutans a donné la chose d'autrui. Dans ce cas, la loi n'accorde au copermutant évincé, que l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*: *Undè si ea res quam acceperim vel dederim (ex causâ permutationis), posteà evincatur, in factum dandam actionem respondetur*. — La loi 1, C. *de rerum permutatione*, porte: *Etenim si cùm venditis pos-*

Digitized by Google

sessio non esset, permutatio facta est, idque quod ab adversario præstitum est, evictum est, quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis. — Il résulte bien de cette loi, que le copermutant évincé a le choix, ou de poursuivre contre l'autre copermutant une juste indemnité, ou de répéter la chose qu'il lui a donnée en contre Echange.— Mais quelles sont les deux actions dont le choix lui est laissé? — S'il opte pour son indemnité, il a pour cet effet l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*: *permutata si res evincitur, in factum competit actio cui res evincitur*, dit Godefroy sur cette loi. — S'il opte pour la répétition de sa chose, il doit agir *per condictionem ob causam*, comme l'observe la glose sur la même loi. — Cette loi suppose que la chose donnée par le copermutant évincé, est encore dans la main de l'autre copermutant, et ne s'occupe point du cas où ce dernier l'a déjà vendue. — Ce cas n'est prévu que par la loi 4 du même titre du Code; et cette loi refuse expressément au copermutant évincé toute action contre l'acquéreur. Et pourquoi? c'est que l'acquéreur est vrai propriétaire du chef de celui des copermutans qui lui a vendu, et qui était lui-même propriétaire par l'effet de la tradition: *Cùm ab eo susceperit dominium cui te tradidisse titulo permutationis non negas. — Quòd si vero* (dit Perès sur le Code, liv. 4, tit. 64, n. 2) *ab uno res sit tradita, et vendita ab eo qui accepit, non datur tradenti actio contra emptorem, in quem rei dominum transivit, sed in venditorem, vel ex stipulatione, si ea intercesserit, vel præscriptis verbis, ut fides placiti servetur.* — Le président Favre, dans son Code, liv. 4, tit. 41, défin. 9, s'exprime en ces termes: *Ex permutatione rem meam in te transtuli, tu verò in tradendâ tuâ moram fecisti, et interea tamen eam quam à me habueras, Titio vendidisti; licet ex placito permutationis secutâ ex unâ parte traditione, nascatur actio præscriptis verbis, ad hoc ut vel placitis stetur, vel quod acceptum est restituatur, non tamen ea res faciet ut contra* EMPTOREM *aliumve singularem successorem, qui à vero domino causam habuit, actio ulla, sive in personam, sive in rem, dari debeat.* — Bastier objecte que si la loi 4 refuse toute action contre l'acquéreur, c'est que, dans le cas prévu par elle, l'Echange n'était pas consommé; qu'il n'y avait eu tradition réelle que de la part de l'un des copermutans; et qu'il doit en être autrement dans notre espèce, où l'Echange se trouvait consommé par la tradition réciproque. — Il est difficile de concevoir une plus mauvaise objection. — Quoi! lorsqu'il n'y a eu tradition que de la part de l'un des copermutans, vous êtes forcé de reconnaître que la loi refuse tout recours contre l'acquéreur; et vous voulez qu'elle soumette cet acquéreur même à une action en revendication dans le cas où l'Echange se trouvait consommé, parfait, par la tradition que les deux copermutans s'étaient faite l'un à l'autre! N'est-ce pas là prêter à la loi une choquante absurdité»?

Cette défense a triomphé: par arrêt du 16 prairial an 12, au rapport de M. Ruperou, — «Attendu que la loi 4, C. *de rerum permutatione*, décide positivement que l'échangiste vis-à-vis duquel l'Echange n'a pas été exécuté, n'a point d'action en revendication contre le *tiers-acquéreur*; — Que le motif que cette loi donne de sa décision, savoir que le tiers-acquéreur a reçu en propriété la chose de celui-là même auquel celui qui agit contre le tiers-acquéreur, l'avait livrée; que ce motif est général, et s'applique au cas où l'un des échangistes se trouve évincé, comme à celui où il n'a pas été mis en possession de la chose qu'on devait lui donner en Echange; que les principes généraux *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet*, se trouvent sans application dans une espèce où la loi y déroge spécialement; — Que les lois qui décident que l'éviction de l'un des copermutans annulle l'echange, ne s'expliquent dans leurs termes qu'entre les deux parties, et n'ont point de conséquence rigoureuse contre les tiers-acquéreurs; — Qu'enfin la jurisprudence des arrêts n'étant pas uniforme sur la question dont il s'agit, on ne saurait trouver un motif de cassation contre le jugement du tribunal d'appel de Nîmes, en ce qu'il aurait preferé l'interprétation la plus récente, et celle qui lui a paru la plus conforme à l'équité; — La cour rejette.....»

On voit, par tous ces détails, combien notre question était épineuse, d'après les principes du droit romain: est-elle plus facile à résoudre d'après ceux du Code Napoléon?

J'ai déjà remarqué que les expressions *répéter sa chose*, dont se sert l'art. 1705 de ce Code, ne la décident pas, et qu'ils la laissent au même point où l'avaient placée la loi 1, §. 1, D., et la loi 1, C. *de rerum permutatione*.

Mais ne peut-on pas, pour la résoudre, s'aider de l'assimilation que l'art. 1707 établit entre l'Echange et la vente? Ne peut-on pas dire que, d'après cet article, l'échangiste évincé ne pourrait recourir contre un tiers-acquéreur qu'autant qu'un pareil recours serait accordé au vendeur, dans le cas où, faute de paiement du prix, il aurait fait prononcer la résolution de la vente contre son acheteur, qui eût précédemment aliéné le bien vendu?

Si l'on adopte cette idée, à laquelle il paraît qu'on ne peut opposer aucune objection bien solide, il restera à savoir si, dans le cas dont je viens de parler, le vendeur peut recourir contre un tiers-acquéreur.

Et je crois qu'il ne le peut pas. Comment, en effet, pourrait-il exercer contre un tiers-acquéreur une action en revendication, tandis que, pour conserver contre lui l'hypothèque privilegiée que la loi fait résulter de son contrat, il est obligé, par les art. 2106, 2108 et 2113 du Code Napoléon, de la faire inscrire au bureau des hypothèques? Tombe-t-il sous le sens qu'un tiers-acquéreur qui, à défaut

Digitized by Google

d'inscription, ne peut pas être poursuivi hypothécairement par le vendeur, puisse cependant être exproprié par celui-ci ? Quel besoin aurait donc le vendeur de faire inscrire son privilége, si, à défaut d'inscription hypothécaire, il avait toujours la ressource de la revendication? Et la rigueur avec laquelle le Code Napoléon l'astreint à faire inscrire son privilége, pour qu'il puisse le faire valoir contre un tiers-acquéreur, n'est-elle pas une preuve suffisante de l'intention du législateur, de ne pas lui laisser la ressource de la revendication, dans le cas où il aurait négligé le moyen conservatoire qu'il lui indique ?

On objectera sans doute qu'il en doit être de l'alienation faite par l'acheteur qui n'a point payé le prix, comme d'une hypothèque qu'il aurait constituée sur le fonds dont il doit le prix à son vendeur; et, en partant de ce principe, que je crois vrai, on dira que, d'après l'art. 2125 du Code Napoléon, l'hypothèque prise sur l'acquéreur qui n'a point payé le prix dû au vendeur, s'évanouit lorsque le vendeur, à défaut de paiement du prix, a fait prononcer la résolution de la vente; qu'ainsi l'aliénation que l'acquéreur a faite, avant qu'à défaut de paiement du prix, la vente eût été résolue sur la poursuite du vendeur, doit également être considérée comme non avenue?

Mais est-il bien sûr que l'art. 2125 fasse cesser l'hypothèque prise sur l'acquéreur, dans le cas dont il s'agit? Cet article dit seulement que « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». — L'on s'abuserait étrangement si l'on en concluait que toute espèce de résolution d'un contrat translatif de propriété, éteint les hypothèques dont l'acquereur avait grevé le bien pendant qu'il le possédait comme propriétaire. On verra au mot *Résolution*, combien une pareille induction serait erronée; et ici il reste toujours à dire que le soin avec lequel le Code Napoléon veille à ce que le vendeur ne puisse pas exercer d'action hypothécaire contre l'alienataire de son acheteur, s'il n'a pas conservé son hypothèque privilégiée par une inscription en bonne forme, est une preuve irréfragable de l'inapplicabilité de l'art. 2128 aux hypothèques acquises du chef de l'aliénataire de l'acheteur, avant la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix.]]

III. La chose que chacun des contractans a promis de donner en Échange à l'autre, est aux risques de celui à qui on a promis de la donner, de même que dans le contrat de vente la chose vendue est aux risques de l'acheteur : c'est pourquoi, si la chose promise en Echange, vient à périr sans le fait ni la faute de celui qui l'a promise, et qu'il n'ait pas été constitué en demeure de la délivrer, il sera libéré de son obligation sans que l'autre contractant puisse répéter la chose donnée de sa part, ni même qu'il puisse être dechargé de l'obligation de la donner si cela n'est pas encore fait.

[[Telle est effectivement la doctrine de Pothier, *traité du contrat de vente*, n. 625; et elle est fondée sur un principe qui est expressément consacré par l'article 1707 du Code civil, savoir que, sauf quelques exceptions étrangères à cet objet, *toutes les règles prescrites pour le contrat de vente, s'appliquent à l'Echange.*

Mais il en était autrement dans le droit romain, lorsque le contrat n'était pas revêtu des solennités de la stipulation : dans ce cas, l'Echange était imparfait tant que la tradition des objets échangés n'était pas effectuée de part et d'autre; et par une suite nécessaire, la chose qui périssait avant la tradition, périssait pour le compte de celui des échangistes à qui elle appartenait. *V.* le président Favre en son Code, liv. 4, tit. 4, def. 2 et 8.]]

IV. Celui qui a donné des meubles en Echange d'autre chose, ne peut attaquer le contrat, quelque lésion qu'il ait soufferte dans l'estimation de ces meubles : cette décision est fondée sur ce que notre droit ne permet pas d'accorder le bénéfice de restitution en matière d'aliénation de meubles, ce qui s'étend à l'Echange, de même qu'à la vente : mais celui qui a donné un immeuble en Echange contre des choses dont la valeur est au-dessous de la moitié du juste prix de cet immeuble, doit, ainsi qu'un vendeur, être reçu à faire rescinder le contrat, si mieux n'aime l'autre partie suppléer ce qui manque au juste prix.

[[C'est l'avis de Godefroy, de Dumoulin, de Cujas et de Pothier : il est fondé sur l'assimilation de l'Echange à la vente. Mais il est combattu par Basnage et plusieurs autres auteurs; et l'opinion de ceux-ci, justifiée par la considération que le bénéfice de la rescision pour lésion d'outre moitié n'a pas lieu au profit de l'acheteur, et que dans l'Echange chacun des échangistes est réputé acheteur de ce qu'il reçoit de son copermutant, a été érigée en loi par l'art. 1706 du Code Napoléon.]]

V. Un des principaux effets de l'Echange consiste en ce que la chose qu'on reçoit en Echange de celle qu'on a donnée, se subroge de plein droit à cette dernière. *V. Subrogation.*

VI. Il est pen de coutumes qui assujettissent les mutations d'héritages par Echange au paiement des droits seigneuriaux. Mais, par des édits de mai 1645 et de février 1674, il a été ordonné que les droits seigneuriaux qu'établissent les coutumes relativement aux mutations qui ont lieu par contrat de vente, seraient aussi payés au roi, à l'avenir, pour les mutations qui se feraient par contrats d'Echange d'immeubles tenus de sa majesté ou des seigneurs, soit que les Echanges fussent d'héritages contre héritages, ou d'héritages contre des droits, rentes et redevances, de quelque nature qu'ils pussent être, et soit qu'il y eût soute ou non, sans aucune distinction, nonobstant toute coutume ou usage contraire (M. Guyot) *.

Digitized by Google

[[Les droits de mutation par Echange ont été abolis par la loi du 20 juin 1792.

Du reste, l'Echange donne lieu, comme tous les contrats translatifs de propriété, à un droit proportionnel d'enregistrement. — Ce droit est fixé par la loi du 22 frimaire an 7, art. 69, §. 5, n°. 5, à 2 francs par 100 francs de « la valeur d'une des parts, lorsqu'il n'y a aucun retour. (Mais) s'il y a retour, le droit est payé à raison de 2 francs par 100 francs sur la moindre portion; et comme pour vente (c'est-à-dire, à raison de 4 fr. par 100 fr.), sur le retour ou la plus-value ».

Comment doit-on liquider ce droit, lorsque sans qu'il y ait stipulation de retour pour plus-value, l'un des deux immeubles échangés se trouve grevé de plus de charges que l'autre?

Par contrat du 17 pluviose an 11, le sieur Roques et le sieur Berseilles échangent *sans soulte, mieux value ni retour*, deux immeubles qu'ils déclarent valoir chacun 5,000 francs, et être grevés l'un d'une rente foncière de treize hectolitres de bled, l'autre d'un hectolitre et demi de seigle. — Ce contrat présenté à l'enregistrement, le receveur perçoit d'abord le droit proportionnel de 2 pour 100 sur les 5,000 francs qui forment la valeur déclarée de chacun des immeubles échangés, ensuite le droit proportionnel de 4 pour 100 sur 3,535 fr. formant le capital de l'excédant de la rente foncière de treize hectolitres de bled sur celle d'un hectolitre et demi de seigle. — Le sieur Berseilles se pourvoit en restitution de ce second droit; et par jugement du 13 floréal an 11, le tribunal civil de l'arrondissement de Pâmiers ordonne que ce droit lui sera restitué. — Mais sur le recours en cassation de la régie, arrêt du 14 ventose an 13, au rapport de M. Cochard, qui, « vu l'art. 15, §. 3, n. 6, de la loi du 22 frimaire an 7, portant que la valeur des immeubles transmis à titre onéreux, est déterminée pour la liquidation, et le paiement du droit proportionnel par le prix exprimé dans les contrats, *en y ajoutant toutes les charges en capital*; — Et attendu que les biens cedes par Roques à Berseilles par le contrat d'Echange passé entr'eux par acte authentique le 17 pluviose an 11, sont grevés d'une rente annuelle qui excède de 175 fr. 75 cent., celles affectées sur les biens donnés en contre Echange par celui-ci audit Roques; d'où il suit que l'estimation faite par les parties à 5,000 fr. pour la valeur de chaque portion echangée, ne peut être exacte; qu'en conséquence le receveur de l'enregistrement a été bien fondé à percevoir le droit proportionnel sur la plus-value dont il s'agit, puisqu'elle est une charge dont le capital représentatif de la partie de la valeur des biens, a dû être formé pour percevoir le droit en resultant; — Et attendu encore qu'en jugeant le contraire, le tribunal civil d'arrondissement de Pamiers du 13 floréal an 11, a formellement contrevenu à la disposition littérale de la loi ci-dessus citée; — Casse et annulle.... ».]]

ECHEANCE. C'est le jour auquel on doit payer ou faire quelque chose. *V. Délai.*

ECHELLAGE. Terme employé dans quelques coutumes, notamment dans celle de Meaux, art. 75, pour désigner le droit de tour d'échelle. *V. Tour d'échelle.*

* ECHELLE. On appelle ainsi une place de commerce sur les côtes dans les mers du Levant, où les négocians français, anglais, hollandais, etc. entretiennent des consuls, facteurs et commissionnaires. On croit que cette denomination vient du mot *escale*, vieux terme de marine qui signifiait autrefois *port de mer*.

Les principales Echelles du Levant sont Smyrne, Alexandrette, Alep, Seyde, Chypre, Constantinople, Alexandrie, le Caire, Naxis et Paros, Miconi, Tripoli de Syrie, Tripoli de Barbarie, Alger, Tunis, Naples de Romanie, la Morée, l'île de Négrepont, l'île de Candie, Durazzo, Zéa, Scio et les autres îles de l'Archipel. (M. Guyot.) *

[[*V. Commerce, Compagnie, Consul de France en pays étranger*, et le Décret impérial du 21 septembre 1807.]]

[[ECHENILLAGE. C'est l'action de détruire les chenilles ou plutôt les nids et enveloppes qui renferment le œufs des chenilles.

La loi du 26 ventose an 4 porte, art. 1 et 6, que chaque année avant le 1er ventose (21 à 22 février), « tous propriétaires, fermiers, locataires ou autres faisant valoir leurs propres héritages ou ceux d'autrui, seront tenus, chacun en droit soi, d'échenniller ou faire échenniller les arbres étant sur lesdits héritages, à peine d'amende qui ne pourra être moindre de trois journées de travail, et plus forte de dix »; et qui par conséquent ne peut être prononcée que par les tribunaux correctionnels. *V. Delit rural.*

L'art. 2 de cette loi ajoute qu'ils « seront tenus, sous les mêmes peines, de brûler sur-le-champ les bourses et toiles qui sont tirées des arbres, haies ou buissons, et ce dans un lieu où il n'y aura aucun danger de communication de feu, soit pour les bois, arbres et bruyères, soit pour les maisons et bâtimens ».

Par l'art. 3 les administrateurs de départemens (aujourd'hui les préfets) seront tenus de « faire échenniller, dans le même délai, les arbres étant sur les domaines nationaux non affermés ».

L'art. 4 charge les agens des communes (aujourd'hui les maires) et leurs adjoints, « de surveiller l'exécution de la présente loi dans leurs arrondissemens respectifs; (et les declare) responsables des négligences qui y seront découvertes ».

L'art. 7 porte que « dans le cas où quelques propriétaires ou fermiers auraient négligé de faire (l'Echenillage à l'époque fixée par les art. 2 et 6), les agens et adjoints le feront faire aux dépens de ceux qui l'auront négligé, par des ouvriers qu'ils choisiront; l'exécutoire des dépens (continue-t-il)

Digitized by Google

leur sera délivré par le juge de paix, sur les quittances des ouvriers, contre lesdits propriétaires et locataires, sans que ce paiement puisse les dispenser de l'amende ».

L'art. 8 veut que cette loi soit publiée le 1er pluviose (21 à 22 janvier) de chaque année, à la diligence des agens (maires) des communes ».]]

* ECHEVINS. On donnait autrefois ce titre aux assesseurs et conseillers des comtes : aujourd'hui un Echevin est un officier en titre ou élu par les bourgeois, pour avoir soin de la police et des affaires communes d'une ville pendant un certain temps; il jouit anssi, en differens endroits, d'une juridiction et de fonctions plus ou moins étendues, selon ses titres et l'usage des lieux.

§. I. *Origine et ancien état des Echevins. — Echevins de la ville de Paris.*

Loyseau, dans son *Traité des Offices*, compare les Echevins aux édiles des Romains et aux officiers appelés *defensores civitatum* : en effet, les fonctions de ces officiers avaient du rapport avec celles des Echevins; ce n'était toutefois pas la même chose (*V. Défenseurs de la Cité*) : aussi ce n'est pas des Romains, mais des Francs qui conquirent les Gaules, que nous sont venus le titre et les fonctions des Echevins. On les appelait *scabini*.

Marculphe, qui écrivait vers l'an 660, sous le règne de Clovis II, parle des Echevins qui assistaient le comte ou son lieutenant pour juger les causes. Aigulphe, comte du palais sous le même prince, avait pour conseillers des gens d'épée, qu'on nommait *Echevins du palais*. Il est anssi fait mention de ces Echevins du palais, dans une chronique du régne de Louis le Debonnaire et dans une charte de Charles le Chauve.

Les capitulaires de Charlemagne et ceux des rois ses successeurs parlent des Echevins en général, et nous apprennent qu'ils étaient élus par le magistrat même et les principaux citoyens. On devait toujours choisir ceux qui avaient le plus de probité et de réputation; et comme ils étaient choisis dans la ville même pour juger leurs concitoyens, on les appelait *judices proprii*, c'est-à-dire, juges municipaux. C'était une suite du privilége que chacun avait de n'être jugé que par ses pairs, suivant un ancien usage de la nation; ainsi les bourgeois de Paris ne pouvaient être jugés que par d'autres bourgeois qui étaient les Echevins; et la même chose avait lieu dans les antres villes. Ces Echevins, lors de leur reception, faisaient serment, entre les mains du magistrat, de ne jamais faire sciemment aucune injustice.

Lorsqu'il s'en trouvait quelques uns qui n'avaient pas les qualités requises, soit qu'on se fût trompé dans l'élection, ou que ces officiers se fussent corrompus depuis, les commissaires que le roi envoyait dans les provinces, appelés *missi dominici*, avaient le pouvoir de les destituer et d'en mettre d'autres à leur place. Les noms des Echevins nouvellement élus étaient aussitôt envoyés au roi, apparemment pour obtenir de lui la confirmation de leur élection.

Leurs fonctions consistaient, comme on l'a déjà annoncé, à donner conseil au magistrat dans ses jugemens, soit au civil ou au criminel, et à le représenter lorsqu'il était occupé ailleurs, tellement qu'il n'était pas libre, au comte ni à son lieutenant, de faire grace de la vie à un voleur, lorsque les Echevins l'avaient condamné.

Vers la fin de la seconde race et au commencement de la troisième, les ducs et les comtes s'étant rendus propriétaires de leurs gouvernemens, se déchargèrent du soin de rendre la justice sur des officiers qui furent appelés baillis, vicomtes, prévôts et châtelains.

Dans quelques endroits, les Echevins conservèrent leur fonction de juges, c'est-à-dire, de conseillers du magistrat; et cette juridiction leur est demeurée avec plus ou moins d'étendue, selon les titres et la possession on l'usage des lieux; dans d'autres endroits, au contraire, le bailli, prevôt ou autre officier, jugeait seul les causes ordinaires; et, s'il prenait quelquefois des assesseurs pour l'aider dans ses fonctions, ce n'était qu'une commission passagère. Dans la plupart des endroits où la justice fut ainsi administrée, les Echevins demeurèrent reduits à la simple fonction d'officiers municipaux, c'est-à-dire, d'administrateurs des affaires de la ville ou communauté; dans d'autres, ils conservèrent quelque portion de la police.

Il paraît que, dans la ville de Paris, la fonction des Echevins qui existaient dès le temps de la première et de la seconde race, continua encore sous la troisième jusques vers l'an 1251; ils étaient nommés par le peuple, et présidés par un homme du roi; ils portaient leurs jugemens au prévôt de Paris, lequel alors ne jugeait point. Les prévôts n'étaient que des fermiers de la prévôté; et dans les prévôtés ainsi données à ferme, comme c'était alors la coutume, c'étaient les Echevins qui taxaient les amendes. Les Echevins de Paris cessèrent de faire la fonction de juges ordinaires, lorsqu'Etienne Boileau fut prévôt de Paris, c'est-à-dire, en 1251; alors ils mirent à leur tête le prévôt des marchands ou de la confrairie des marchands, dont l'institution remonte au temps de Louis VII.

Les Echevins de Paris sont au nombre de quatre : ils sont élus par scrutin dans l'assemblée du corps de ville, et des notables bourgeois qu'on convoque à cet effet à l'hôtel de ville, le jour de saint Roch.

La déclaration du 20 avril 1617 porte qu'il y en aura toujours deux qui seront choisis entre les notables marchands, et les deux autres entre les gradués et autres notables bourgeois.

Les fonctions des Echevins ne durent que deux ans; et, comme on en crée deux nouveaux chaque année, il y en a toujours deux anciens et deux nouveaux.

Digitized by Google

Quelques jours après qu'ils sont élus, le corps de ville va les présenter au roi, qui confirme leur élection et reçoit leur serment.

Ils sont les conseillers ordinaires du prévôt des marchands, ils siégent avec lui au bureau de l'hôtel de ville, et y rendent la justice sur les matières de police des ports de la ville, et sur les affaires du commerce qui a rapport à l'approvisionnement de Paris, tant par la rivière de Seine que par celles qui y sont affluentes.

Il y a, sur cette matière, un édit du mois de juin 1700, portant réglement pour la juridiction du lieutenant général de police et celle du prévôt des marchands et des Echevins. (M. Guyot.)

§. II. *Des Echevins d'Artois, de Flandre, de Hainaut et de Cambrésis.*

La qualité d'Echevin n'est pas bornée, dans les Pays-Bas français, aux officiers municipaux des villes qui jouissent du droit de communes; elle s'étend même aux *gens de loi* des villages, c'est-à-dire, aux officiers que les seigneurs établissent dans leurs terres pour administrer la justice à leurs vassaux.

On peut considérer les Echevins de ces Pays comme officiers municipaux, comme juges ordinaires et comme ministres des contrats passés entre leurs justiciables. C'est à ces trois points de vue que se rapportent toutes les branches de leur pouvoir et de leurs fonctions.

I. En qualité d'officiers municipaux, ils ont la tutelle des mineurs dont les pères et les mères sont morts domiciliés dans leur juridiction. Quelquefois ils exercent eux-mêmes cette tutelle; mais le plus souvent ils en donnent la régie à des parens ou amis du défunt, et alors ils prennent la qualité de *Tuteurs en chef*. Voyez ce mot.

La police n'est pas un de leurs moindres attributs; et pour eux, le droit de police emporte celui de faire tous les réglemens que le bon ordre exige. (*V.* l'art. 468 de la coutume de Cassel).

Peut-on attaquer ces réglemens par la voie d'appel? Cette question a partagé les auteurs et les tribunaux flamands. Vandenhane et Knobaert sur la coutume de Gand, Lybert Christin sur les lois abrogées de Bugnion, Paul Christin en son Recueil d'arrêts, Zypæus en sa Notice du droit belgique, Voet en son Commentaire sur le Digeste, et plusieurs autres auteurs soutiennent la négative, sur le fondement que, les Echevins étant les maîtres de rétracter leurs ordonnances de police quand ils le jugent à propos, on ne doit pas demander cette rétractation à un tribunal supérieur, parcequ'il n'est permis de recourir aux remèdes extraordinaires qu'au défaut des voies ordinaires. Cette opinion a été confirmée, s'il faut en croire Paul Christin et Zypæus, par plusieurs arrêts du grand conseil de Malines; et la cour souveraine de Hollande en a fait, par l'art. 101 de son style, une loi expresse pour tout son ressort.

Malgré toutes ces autorités, il est difficile de concevoir comment on a pu s'aveugler au point de refuser aux juges supérieurs un droit que les simples lumières de la raison, et la nécessité de la subordination concourent à leur attribuer. La faculté qu'ont les Echevins de reformer leurs propres réglemens, prouve bien que ceux auquels ils portent préjudice, doivent prendre la voie d'opposition avant celle de l'appel; mais il n'en résulte pas qu'on ne puisse recourir à cette dernière voie, lorsqu'on a employé inutilement la première. C'est précisément ce qu'établit l'art. 31 du chap. 54 des chartes générales du Hainaut; il est conçu en ces termes: « et sera aussi permis d'appeler des sentences provisionnelles..... comme aussi de celles rendues en fait et matière de police sur opposition de partie et après due connaissance de cause ». Cuvelier tient absolument le même langage en ses arrêts du grand conseil de Malines, page 43. Mévius, page 3, decision 154, défend aussi cette opinion avec vigueur; et elle a été confirmée par un arrêt du parlement de Flandre, de l'année 1696, dont Deghewiet fait mention, et par un décret du conseil privé de Bruxelles, du 16 avril 1714, inséré dans le Recueil de Dnlauri. Les Echevins de Lille, intimés en 1740 sur l'appel d'un réglement de police qu'ils avaient fait, voulurent renouveler l'ancien système; mais, par arrêt du 13 avril 1742, le parlement de Flandre *les débouta de la fin de non-recevoir par eux proposée, et les condamna aux dépens à cet égard.*

On doit aussi mettre au rang des attributs qui appartiennent aux Echevins considérés comme juges de police, le droit qu'ils ont dans les Pays-Bas, non seulement de régir, mais même d'instituer les corps d'arts et metiers. *V. Corps d'Arts et Métiers.*

La qualité d'officiers municipaux donne encore aux Echevins l'administration des biens des fabriques et des hôpitaux. En 1665, il s'éleva sur cet objet des contestations entre les évêques de Tournai et de Bruges, et les différens échevinages de ces deux diocèses: le conseil privé de Bruxelles y mit fin par un décret du 28 novembre de la même année, adressé sous le nom du roi d'Espagne au conseil provincial de Gand; en voici la teneur: « vous disons que les biens des eglises, hôpitaux, maladreries, tables des pauvres et autres semblables ont toujours été sous notre pouvoir souverain et juridiction, et de suite sous celle des juges laïcs et magistrats des lieux ».

La régie des octrois et biens patrimoniaux des villes et l'administration des biens communaux des villages appartiennent également aux Echevins.

Les Echevins sont même tellement administrateurs nés des biens et affaires de leur communauté, que les habitans ne peuvent pas leur substituer, malgré eux, des syndics particuliers, même à l'effet de poursuivre un procès.

C'est ce qui a été jugé au parlement de Flandre par arrêt rendu le 22 décembre 1783, à la troisième chambre, au rapport de M. de Warenghien de Flory.—

Digitized by Google

Des particuliers d'Etroungt ayant demandé à la cour une assemblée de communauté pour nommer un syndic à l'effet de défendre à une instance contre le nommé Janvier, les mayeur et Echevins ont déclaré au procès-verbal d'assemblée, qu'ils se chargeaient de suivre cette instance au nom de la communauté, et qu'en conséquence ils s'opposaient à toute nomination de syndic. — Par l'arrêt, « la cour donne acte aux demandeurs des déclarations faites par lesdits mayeur et Echevins audit procès-verbal du 28 septembre dernier; déclare, suivant ce, qu'il n'échet de faire droit sur les conclusions prises par les demandeurs en leur dite requête ».

II. L'autorité des Echevins considérés comme juges ordinaires, n'est pas la même par tout. Dans la plupart des villages, ils ne peuvent connaître d'aucune affaire criminelle; et même, en matière civile, leur juridiction est bornée aux actions personnelles et aux biens cottiers ou mains-fermes.

Il y a quelque chose de plus dans le Hainaut français : non seulement les Echevins des villages, mais même ceux des villes, autres que Valenciennes, n'ont que la connaissance des matières relatives aux mains-fermes; celle des actions personnelles leur est absolument interdite; encore ne peuvent-ils prononcer sur les affaires de leur compétence sans *charge d'enquête*. Tel est l'usage général de la province sur ces deux points, qui d'ailleurs sont établis, par rapport au chef-lieu de Valenciennes, sur deux textes précis : — on lit dans la coutume de Valenciennes, art. 225, que « les prévôt, jurés et Echevins de Valenciennes connaissent et baillent charges sur toutes et quelconques matières qui se font et traitent par-devant mayeurs et Echevins dudit chef-lieu ». — Un arrêt du conseil du 18 juin 1703, faisant droit sur l'intervention des Echevins de Valenciennes dans une instance entre le parlement de Flandre et le bailliage de Bouchain, « les a maintenus et maintient dans les droit et possession de connaître des matières réelles et de succession dans les villes et villages de la châtellenie de Bouchain, dépendans du chef-lieu de Valenciennes seulement, et conformement à la coutume particulière dudit chef-lieu ». — Il est aisé d'apercevoir, par la combinaison de ces deux textes, que les Echevins du chef-lieu de Valenciennes ne peuvent connaître d'aucune action personnelle : c'est ce qui résulte nécessairement, et de l'obligation que leur impose l'art. 225 de la coutume de prendre charge d'enquête dans toutes les causes soumises à leur décision, et du droit dans lequel l'arrêt de 1703 maintient le magistrat de Valenciennes de connaître dans tout le chef-lieu, par la voie des charges d'enquêtes, *des matières réelles et de succession.... seulement et conformément à la coutume particulière dudit chef-lieu.*

Les Echevins du Quesnoy, d'Avesnes et de Landrecies sont exceptés de la règle qu'on vient d'établir. Un arrêt du conseil du 1er décembre 1663, rendu contradictoirement entre eux et les officiers des bailliages et prévôtés des mêmes villes, a ordonné qu'ils n'auraient plus à l'avenir que la police, la connaissance de leurs octrois, le droit de recevoir les devoirs de loi des mains-fermes, et l'administration des affaires publiques; et leur a défendu « de connaître de tous cas personnels, civils et criminels, mixtes, réels, tutelles, curatelles, criées, ventes d'immeubles et autres cas attribués aux officiers des bailliages et prevôtés du Quesnoy, Avesnes et Landrecies, par un edit du mois de novembre 1661 ». — On voit qu'on a cherché à rendre la constitution de ces trois villes semblable à celle de l'intérieur du royaume dont les maires et Echevins ont été privés, par l'art. 71 de l'ordonnance de Moulins, de la juridiction ordinaire et contentieuse qu'ils exerçaient autrefois.

Dans la plupart des autres villes des Pays-Bas, telles que Valenciennes, Lille, Douai, Bergues, Baillœul, Cambrai, Arras, Saint-Omer, Béthune, Aire, Lens, Dunkerque, Bourbourg, Gravelines, etc., les Echevins exercent toute justice, haute, moyenne et basse, et sont absolument considérés comme les juges ordinaires de leurs ressorts respectifs.

Il y a cependant plusieurs matières dont ils ne peuvent pas connaître : telles sont notamment toutes celles qui ont rapport aux fiefs : ces sortes de biens ne dépendent en aucune manière de la juridiction échevinale; les officiers des seigneurs dont ils relèvent, sont les seuls juges de première instance qui puissent s'en attribuer la connaissance. Il paraît qu'il y a long-temps que ce principe est en vigueur dans les Pays-Bas; car une charte accordée par Philippe-Auguste à la ville d'Arras l'an 1195, porte, art. 37, qu'aucun clerc ne peut demander sa part héréditaire contre un laïc, si ce n'est par le jugement des Echevins; ni son fief, si ce n'est par le seigneur dont il est tenu, et au jugement de ses hommes.

III. Il nous reste à considérer les Echevins sous le rapport d'officiers préposés pour la réception des contrats et autres actes passés entre leurs justiciables.

On sait qu'anciennement les juges étaient en France les seules personnes publiques dont la présence et la signature pût donner aux actes un caractère d'authenticité. Les notaires, qui furent créés dans la suite, commencèrent par partager ce droit avec eux, et finirent par les en exclure. L'édit de François Ier, de 1542, fit défenses à tous les officiers de judicature de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire; et cette jurisprudence a été portée si loin, qu'il est aujourd'hui défendu à un juge d'écrire aucun acte sous seing-privé dans lequel il n'est point partie principale, à peine de nullité et de 200 livres d'amende pour chaque contravention.

Tant que les Pays-Bas furent soumis à la domination autrichienne, les Echevins y furent regardés comme les ministres légitimes de toutes les espèces de contrats et d'actes publics. Un placard du 1er juin 1587, rendu par Philippe II, roi d'Espagne,

Digitized by Google

défend aux notaires et aux Echevins de recevoir à l'avenir aucun contrat usuraire au profit des mineurs; ce qui suppose que les Echevins avaient à cet égard les mêmes droits que les notaires; et c'est ce qu'établissent invinciblement les art. 37 et 38 de l'ancienne coutume d'Arras, l'art. 46 de l'ancienne coutume du pays de Lalleu, l'art. 2 du chap. 3 de la coutume de Douai, l'art. 2 du chap. 109 des chartes générales du Hainaut, les art. 5 et 239 de la coutume de Valenciennes, l'art. 48 du tit. 25 de celle de Cambrésis, etc.

Louis XIV a dérogé à ces différentes lois par ses édits du mois d'avril 1675 et du mois de février 1692, portant création des notaires royaux dans le ressort du parlement de Flandre; et de tous les juges municipaux et gens de loi qui avaient auparavant le droit de recevoir des actes et contrats, les Echevins des villes closes sont les seuls à qui ce monarque en ait conservé l'exercice. *V. Convent.*

Dumées, en sa *Jurisprudence du Hainaut*, page 242, fait à ce sujet une observation qui ne paraît pas bien juste. « Par la même raison (dit-il) que les Echevins des villes ont été maintenus dans le droit et la possession de passer les contrats sous sceel échevinal, il s'ensuit qu'ils ne sont valables qu'autant qu'ils sont munis du sceel qui les rend authentiques, puisque c'est uniquement pour cette raison que les Echevins des villes ont été maintenus dans leur droit ». — Sur quel fondement cet auteur assure-t-il que la condition de munir les contrats du sceel échevinal a été la seule cause impulsive de la conservation du droit qu'avaient les Echevins des villes de les recevoir? Le roi déclare à la vérité, dans l'édit de 1675, que, « par l'établissement du tabellionage, il n'enteud préjudicier..... aux magistrats des villes closes, qui ont été de tout temps et sont encore en possession de recevoir et passer actes et contrats *sous le scel de leurs villes,* lesquels demeureront tous en leurs droits, et en joniront comme du passé ». Mais la seule conséquence qu'on puisse tirer de cette disposition, est que les actes reçus par les Echevins, ne doivent point être scellés par le tabellion pour être exécutoires, et que le scel des juridictions échevinales leur attribue cet effet (1). On ne peut pas dire qu'il soit plutôt de l'essence des contrats reçus par les Echevins que de ceux qui sont reçus par les notaires, d'être scellés au moment de leur passation; il suffit, pour les uns comme pour les autres, qu'ils le soient lorsqu'on veut les mettre à exécution.

La défense que l'edit de 1675 fait implicitement aux Echevins des villages et des villes non closes de recevoir des contrats, souffrit, dans les premiers temps, des contraventions si fréquentes, que, dès le 27 août 1676, le parlement de Flandre se crut obligé d'ordonner l'exécution de l'édit par un arrêt de reglement, qui depuis a été renouvelé plusieurs fois.

Le 28 novembre 1679, arrêt qui déclare nul un bail d'un droit de gambage et une vente de bois que le seigneur de la ville de Mortagne avait fait faire par les Echevins du même endroit. — Il est à remarquer que, dans cette espèce, le bail et la vente avaient reçu leur exécution, lorsqu'ils parvinrent l'un et l'autre à la connaissance des *fermiers du tabellionage;* et que, ceux-ci s'étant pourvus au parlement, les gens de loi vinrent exciper, 1°. de l'exécution donnée aux actes par les parties intéressées; 2°. de la qualité de ville qu'avait Mortagne. Les demandeurs répliquèrent au premier moyen, que l'execution des contrats de bail et de vente pouvait peut-être en couvrir la nullité entre les parties contractantes, mais qu'elle était indifférente par rapport aux droits respectifs des notaires et des gens de loi. Sur le second moyen, ils observèrent que Mortagne n'était pas une *ville close,* et qu'ainsi on ne pouvait lui appliquer l'exception portée par l'édit du mois d'avril 1675. — Sur ces raisons, l'arrêt cite a déclaré nuls les actes dont il s'agissait, sauf au seigneur de Mortagne à se pourvoir contre les preneurs et acheteurs, ainsi qu'il trouverait convenir; et a fait défenses aux gens de loi de *ne plus passer semblables instrumens,* sous les peines portées par l'arrêt du 27 août 1676.

Le 15 octobre 1696, autre arrêt qui annulle pareillement un bail passé par les bailli et Echevins de Port-à-Blandain.

Autre du 11 decembre 1697, qui déclare la vente de plusieurs arbres appartenans à des particuliers, et celle des bois du seigneur d'Esclebèque, châtellenie de Bergues, passées par les bailli, amman et Echevins, nulles et de nul effet, ainsi que les actes de caution intervenus en conséquence; et fait défenses à ces officiers d'en passer de semblables à l'avenir, à peine de tous dépens, dommages et intérêts des parties.

Autre du 11 décembre 1698, qui déclare nul un contrat de vente passé par les Echevins du même endroit, défend à l'acheteur de s'en prévaloir, même comme d'un acte sous seing-privé, et le condamne aux dépens, en restituant, par le vendeur, les deniers par lui reçus à compte du prix, avec les intérêts.

Autre du 9 janvier 1699, qui, sur les poursuites du tabellion d'Ypres, declare nulle une vente de bois faite par les amman et Echevins de la Noort-Virschaere de la chatellenie de Cassel, leur fait défenses d'en passer de semblables à l'avenir, sous les peines portées par les édits de 1675 et 1692, et les condamne aux dépens et aux dommages-intérêts arbitrés à 3 florins.

Autre du 4 mai 1699, qui, sur les plaintes du tabellion de Bergues, ordonne aux Echevins d'Escle-

(1) C'est la disposition expresse de l'ancienne coutume d'Arras: «Toutes les obligations qui gisent en exécution, reconnues par-devant lesdits Echevins, sont exécutoires sur les biens des obligés..... comme seraient obligations passées sous sceel impérial du comte souverain seigneur d'Artois ». Une enquête par turbe faite à Arras, du 15 au 18 septembre 1696, a attesté que cet article se pratiquait *sans avoir eu sur ce, aucun contredit.*

Digitized by Google

becque de se conformer exactement aux édits et arrêts cités; en conséquence, leur defend de faire et passer aucun acte qui ne soit de leur compétence, même à charge de les réitérer par-devant notaires.

On trouve la même jurisprudence établie en Artois. Un arrêt du conseil, du 15 décembre 1693, « ordonne que tous les contrats et actes publics qui seront passés dans l'étendue du pays d'Artois, seront reçus et signés par deux notaires dudit pays, à l'exception des testamens et ordonnances de dernière volonté; faisant défenses à tous baillis, hommes de fiefs, Echevins, et à tous autres de recevoir et signer aucun acte de notaires, à peine de nullité et de tous dépens, dommages et intérêts ». — L'execution de cet arrêt est ordonnée par un autre du 13 août 1694, qui « fait itératives défenses à tous baillis, Echevins, hommes de fiefs et greffiers de recevoir et signer aucun acte de notaires, à peine de nullité et de 300 livres d'amende, qui sera déclarée encourue par chaque contravention, en vertu du présent arrêt, et sans qu'il en soit besoin d'autres, et de tous dépens, dommages et intérêts ». — Ces deux arrêts ont été renouvelés par un autre du 5 septembre 1698, qui néanmoins excepte les Echevins d'Arras des dispositions qu'il contient, et leur permet de recevoir toutes sortes d'actes et de contrats. Il a été enregistré au conseil provincial d'Artois, le 7 octobre de la même année.

Le pays de Lalleu, quoiqu'annexé à l'Artois, n'a pas été compris dans ces trois règlemens. — Les Échevins des villages qui le composent, avaient été maintenus, par un arrêt du grand conseil de Malines du 24 décembre 1636, dans le droit de passer des contrats; ce droit leur a été confirmé par un arrêt du conseil d'état du 18 mars 1698, et par deux sentences du conseil provincial d'Artois, rendues en 1703 et 1706, contradictoirement avec le propriétaire du greffe du gros de la province.

On vient de voir que la faculté de passer des actes de dernière volonté a été conservée à tous les Echevins d'Artois, par forme d'exception à la défense générale qui leur est faite de recevoir des actes de notaires. On verra au mot *Entravestissement*, que les contrats ainsi appelés sont également de leur compétence.

Les Echevins de Flandre, de Hainaut et de Cambrésis jouissent aussi de ces exceptions, et de deux autres très remarquables.

Ils peuvent recevoir des procurations *ad lites*: l'arrêt du parlement de Flandre du 22 août 1676, cité plus haut, leur en donne le pouvoir, et ils l'exercent constamment dans tout le ressort de cette cour.

On peut encore, suivant un arrêt du même tribunal, du 11 décembre 1697, faire vendre devant eux les effets des successions dévolues aux mineurs dont ils sont tuteurs en chef. M. Desjaunaux, tom. 2, §. 195, rapporte, à la vérité, cet arrêt comme ayant jugé le contraire: mais c'est une erreur manifeste. Le tabellion et les notaires de Bergues s'étaient pourvus contre les amman et Echevins du village de Wormhout, tant pour avoir procédé à la vente volontaire des effets de la succession d'une femme qui avait laissé des enfans en bas âge, que pour avoir reçu les actes de cautionnement donnés par les acheteurs; et ils avaient demandé que la vente et les cautionnemens fussent déclarés nuls, avec défenses à ces officiers d'en passer de semblables à l'avenir, sous les peines portées par les édits de 1675 et 1692. Les amman et Echevins disaient pour leur défense, que l'intérêt des mineurs exigeait que la vente de leurs effets ne pût se faire autrement que par le ministère des juges au soin desquels la coutume en avait confié la tutelle. Sur cette contestation est intervenu l'arrêt cité, qui déboute le tabellion et les notaires de leurs demandes, et décide, par conséquent, que les gens de loi des villages sont compétens pour faire la vente des effets appartenans aux mineurs dont ils sont les tuteurs nés et légitimes.

V. Amman, Gens de loi, Bailli seigneurial, Devoirs de loi, Hommes de fiefs, Mayeur, Conjure, Municipalité, Magistrat, Commune, Ferme, Record de loi.

[[§. III. *Suppression générale des Echevins.*

L'art. 1 de la loi du 14 décembre 1789 a supprimé, dans toute la France, les municipalités connues, soit sous le nom d'*échevinage*, soit sous tout autre; et a ordonné qu'il en serait formé de nouvelles par la voie d'élection.

C'est effectivement par cette voie qu'ont été nommés pendant les dix années suivantes, d'abord les maires et officiers municipaux, ensuite les agens, adjoints et les administrateurs des communes qui ont, pendant tout ce temps, remplacé les Echevins, non dans toutes leurs anciennes attributions, mais seulement dans les fonctions municipales proprement dites. *V.* la loi du 14 décembre 1789, la constitution du 5 fructidor an 3, et la loi du 21 du même mois.

Aujourd'hui, et depuis la loi du 28 pluviose an 8, les fonctions municipales sont exercées, en partie par les sous-préfets, en partie par les maires et leurs adjoints. *V. Bail*, §. 18, *Maire* et *Sous-préfet*.]]

ÉCHEVINAGE. (Coutume d'). On appelle ainsi, dans les Pays-Bas, certaines coutumes dont l'empire est borné au territoire respectif des Echevinages dont elles portent le nom. Une chose remarquable dans ces coutumes, est qu'elles ne renferment aucune disposition sur les fiefs; ce qui vient de ce que les juges municipaux ne peuvent connaître de ces sortes de biens. *V. Echevins*, §. 2, n. 2.

Les principales coutumes d'Echevinage sont, en Flandre, celles de Lille et de Donai; en Artois, celles d'Arras, de la cité d'Arras, de Béthune, de Hesdin, de Saint-Omer, d'Aire; en Hainaut, celles

Digitized by Google

de Valenciennes, de Mons, de Chimay, de Binche, de Landrecies. — Toutes ces coutumes sont locales et subordonnées, pour les matières sur lesquelles elles sont muettes, aux coutumes générales des châtellenies, bailliages ou provinces dont elles font partie. — *V. Coutumes, Hainaut, Mons, Valenciennes*, etc.

* ECHIQUIER. C'est le titre d'une cour souveraine que Rollo ou Raoul, premier duc de Normandie, institua, dans cette province, au commencement du douzième siècle.

Ce tribunal jugeait en dernier ressort, tant au civil qu'au criminel, les causes dont il y avait appel des premiers juges; mais, comme il ne se tenait pas toujours, le grand sénéchal de la province décidait, par provision, les affaires qui requéraient célérité.

L'Echiquier de Normandie se tenait deux fois par an pendant trois mois; savoir, au commencement du printemps et à l'entrée de l'automne. Guillaume-le-Rouille d'Alençon designa les prélats et les nobles qui y avaient séance à cause de leurs terres, le rang que chacun y tenait, ceux qui y avaient voix deliberative, etc. On condamnait à l'amende ceux qui ne s'y trouvaient pas, et qui n'avaient point d'excuse légitime. On voit qu'au mois d'avril 1485, Charles VIII, assisté du duc d'Orléans, connetable, du duc de Lorraine, des comtes de Richemont, de Vendôme et d'Albert, du prince d'Orange, du chancelier, etc., et séant en son lit de justice en l'Echiquier de Rouen, condamna à l'amende le comte d'Eu pour ne s'y être pas trouvé, quoique son bailli d'Eu, qui était présent, l'eût excusé sur son grand âge et ses indispositions.

Ce tribunal fut ambulatoire à la suite du prince, pendant plusieurs siècles; ce qui entraînait beaucoup d'inconvéniens. C'est pourquoi les états généraux de Normandie avaient deliberé, en 1498, de rendre l'Echiquier perpétuel; et, l'année suivante, les prelats, barons, seigneurs, et les gens des trois états de la province supplièrent Louis XII d'ériger ce tribunal en cour sédentaire de la ville de Rouen; ce que ce prince fit par un édit du mois d'avril de la même année.

Cette cour conserva la dénomination d'*Echiquier* jusqu'en 1515 que François Ier voulut qu'elle fût, à l'avenir, qualifiée de *cour de parlement*. C'est aujourd'hui le parlement de Normandie. [[Il a été supprimé, comme tous les autres parlemens, par la loi du 7 septembre 1790.]]

Echiquier s'est encore dit d'autres tribunaux qui jugeaient aussi en dernier ressort, et qui étaient indépendans de l'Echiquier général de Normandie; tel fut l'Echiquier d'Alençon qui fut établi lorsque le comté d'Alençon fut donné en apanage à des princes de la maison de France. Tels furent encore l'Echiquier de l'archevêque de Rouen, celui de Beaumont-le-Roger, etc. (M. Guyot.) *

* ECHOUEMENT. Terme par lequel on désigne le choc d'un vaisseau contre un écueil, tel qu'un banc de sable, un bas fond, etc., sur quoi il touche et est arrêté, parcequ'il n'y a pas assez d'eau pour le soutenir à flot; ce qui d'ordinaire le met en grand danger de se briser.

Lorsqu'un navire assuré vient à échouer, tout ce qu'on peut exiger des assureurs, est qu'ils le remettent en état de servir, en réparant le dommage qu'il a reçu par l'Echouement. C'est l'avis de Pereira-Castro dans ses décisions, et de Valin sur l'art. 46 du titre *des assurances* de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681.

Si, pour éviter le naufrage ou d'être pris par l'ennemi, le capitaine prend le parti de faire échouer le navire, le dommage résultant de cet Echouement, est une avarie grosse et commune. Cette decision est fondée sur l'art. 6 du titre *des avaries* de l'ordonnance citée.

Les pilotes-lamaneurs qui, par ignorance, ont fait échouer un bâtiment, doivent être condamnés au fouet, et privés pour toujours du pilotage; et, s'il arrivait qu'un tel pilote jetât malicieusement un navire sur un banc ou à la côte, il serait punissable du dernier supplice. C'est ce qui résulte de l'art. 18 du tit. 3 du liv. 4 de la même ordonnance, qui veut d'ailleurs que le corps du criminel exécuté soit attaché à un mât planté près du lieu de l'Echouement. [[*V.* la loi du 21 août 1790, tit. 2, art. 40.]]

On doit juger que le pilote-lamaneur a malicieusement fait échouer le navire, lorsqu'il a été averti du danger par le capitaine et par l'équipage de ce navire, et qu'au lieu d'avoir fait la manœuvre convenable ou qu'on lui a indiquée, il n'a suivi que ses idées. Il doit en être de même lorsque le navire a été jete sur un écueil notoirement connu, et que le pilote-lamaneur n'a pas manœuvré convenablement pour l'éviter. Au reste, ce sont les circonstances du fait qui peuvent faire connaître si la faute est simple ou malicieuse.

Observez toutefois qu'il y a des cas où l'Echouement est indispensable pour éviter une perte totale: mais le pilote-lamaneur ne doit pas s'y déterminer de son chef: il faut qu'il consulte à cet égard le capitaine et l'equipage, et qu'il se conforme à leur résolution, sans quoi il se rend responsable de l'événement et coupable d'une faute capitale.

Le capitaine convaincu d'avoir malicieusement fait échouer son vaisseau, doit être puni du dernier supplice. C'est la disposition de l'art. 36 du tit. 1er du liv. 2 de l'ordonnance de la marine. [[*V.* la loi du 21 août 1790, tit. 2, art. 39.]]

L'art. 45 du tit. 9 du liv. 4 de l'ordonnance de la marine veut pareillement qu'on punisse de mort quiconque allume des feux trompeurs la nuit, sur les grèves de la mer et dans les lieux périlleux pour y attirer et faire échouer les navires. *V. Délaissement, Naufrage, Police d'assurance* et *Sauvetage*. (M. Guyot.) *

* ECHUTE Main-mortable. Quand le sujet main-mortable décède sans communiers, tous ses biens, de quelque qualité qu'ils soient, francs et de main-morte, meubles, immeubles, noms, droits et actions appartiennent au seigneur; et il en est de même des

Digitized by Google

heritages main-mortables de l'homme franc qui meurt sans descendans ou sans avoir d'autres parens en communion avec lui.

On appelle *Echute* ce droit des seigneurs de succéder à leurs main-mortables dans certaines circonstances. *V. Main-morte.* (M. H....) *

[[Ce droit a été aboli par les lois du 4 août 1789]].

ECLÈCHE. *V.* Esclèche.

* ECLUSE. C'est un ouvrage fait sur une rivière ou sur un canal, pour retenir et lâcher l'eau.

Suivant l'art. 3 du tit. 1 de l'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669, la connaissance des actions relatives aux constructions et demolitions des Ecluses etablies sur les rivières, appartient aux officiers des Eaux et Forêts.

[[Elle appartient aujourd'hui aux préfets, et en cas de contestation, aux conseils de préfecture, sauf le recours au gouvernement. *V.* le chap. 6 de la loi en forme d'instruction du 12 août 1790; l'art. 16 du tit. 2 de la loi du 28 septembre 1791, sur la police rurale; l'arrêté du directoire exécutif du 19 ventose an 6; les lois des 28 pluviose an 8, 29 floréal an 10 et 14 floréal an 11, et *Cours d'eau.*

Remarquez cependant que les propriétaires de canaux de desséchemens particuliers ou d'irrigation ne peuvent se pourvoir que devant les tribunaux pour obtenir la démolition des Ecluses et des autres constructions qui nuisent au cours des eaux. Cela résulte de l'art. 1 de l'arrêté du directoire exécutif du 19 ventose an 6.]]

Par l'art. 42 du tit. 27 de l'ordonnance de 1669, il est défendu à tout particulier de faire des Ecluses nuisibles au cours de l'eau, dans les fleuves et rivières navigables ou flottables, à peine d'amende arbitraire (M. Guyot) *.

[[Aujourd'hui, c'est par les conseils de préfecture que doivent être prononcées les amendes encourues pour contravention, non seulement à la défense de faire dans les rivières navigables ou flottables, des Ecluses nuisibles au cours des eaux, mais encore aux réglemens faits par l'autorité administrative pour la police des Ecluses dans ces rivières. *V.* la loi du 29 floreal an 10, art. 1.

Il en est autrement des amendes encournes pour contravention, soit à la défense, soit aux réglemens dont on vient de parler, dans les rivières non navigables ni flottables : elles ne peuvent être prononcées que par les tribunaux correctionnels. *V. Délit rural.*

C'est aussi devant les tribunaux correctionnels que doivent être poursuivies, aux termes de l'art. 31 du décret impérial du 25 janvier 1807, les contraventions aux dispositions de ce decret concernant les Ecluses des ruisseaux et canaux de la vallée de Neustadt, qui servent au flottage des bois de chauffage.]]

ECOLE. *V. Université.*

* ECORCE. Peau ou enveloppe d'un arbre ou d'une plante ligneuse.

L'art. 22 du tit. 27 de l'ordonnance des eaux et forêts défend expressément à toute personne de charmer les arbres et d'en enlever l'écorce, sous peine de punition corporelle. — [[Mais *V. Charmé.*]]

L'art. 28 du même titre défend aussi à tout marchand de peler les bois de ses ventes pendant qu'ils sont encore sur pied, à peine de cinq cents livres d'amende et de confiscation. — [[*V.* l'art. 609 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4.]]

Les particuliers eux-mêmes à qui les bois appartiennent, n'ont pas plus de privilége à cet égard que n'en auraient de simples adjudicataires. C'est ce qui a été formellement decidé par un arrêt du conseil du 13 octobre 1705. — [[On ne pourrait plus juger de même aujourd'hui. *V.* la loi du 15 septembre 1791, sur l'administration forestière, tit. 1, art. 6.]]

Le besoin d'Ecorce pour entretenir des tanneries, n'est pas un prétexte suffisant pour contrevenir à la loi; il faut en pareil cas obtenir une permission du conseil. Les habitans de Château-Regnault en obtinrent une le 28 février 1672, sans laquelle ils auraient été obligés de renoncer à la préparation des cuirs, et de quitter le pays, faute d'y trouver de quoi gagner leur vie.

Les tanneurs du duché de Harcourt représentèrent aussi, en 1702, de quelle nécessité il était pour eux qu'il leur fût permis de peler les bois sur pied; et comme il fut reconnu que cela intéressait essentiellement le commerce des cuirs, sa majesté leur permit, le 30 mai de la même année, de réserver, lors des coupes ordinaires de taillis, les bois de chêne qui s'y trouvaient, pour les couper dans le mois de juin, après en avoir levé l'Ecorce pendant la sève, et cela nonobstant les défenses portées par l'ordonnance du mois d'août 1669, à laquelle il fut dérogé *pour ce regard seulement et sans tirer à conséquence.* (M. Dareau.) *

* ECORCHE-VIF. Criminel qu'on a dépouillé vif de sa peau.

Ce genre de supplice extraordinaire fut prononcé, par arrêt du parlement, contre Philippe et Gautier Launai, frères et gentilshommes de Normandie, accusés d'adultère avec les femmes des trois fils de Philippe-le-Bel. — La qualité des personnes fit qu'on eut recours à ce châtiment sévère, qui n'etait point la punition usitée du crime d'adultère.

V. l'Abrégé de l'Histoire de France par Mézerai, année 1314 (M. Dareau) *.

[[Ce genre de supplice est abrogé par le Code pénal du 25 septembre 1791, part. 1, tit. 1, art. 35.]]

ECOUAGE. On appelle ainsi, dans la châtellenie de Lille, la visite judiciaire d'un chemin, d'une rivière ou du cadavre d'une personne dont la mort n'a pas été naturelle. L'art. 2 du tit. 1 de la coutume de cette partie de la Flandre attribue aux seigneurs hauts-justiciers le droit de faire visiter et lever par leurs officiers, *les corps morts, noyés, désespérés ou occis sur le champ.* Le même article interdit cet acte à tous autres, et par conséquent aux seigneurs vicomtiers mêmes, *à péril de commettre abus, et, pour icelui fourfaire l'amende de soixante livres*

Digitized by Google

au profit des hauts-justiciers. Il faut observer cependant que les officiers du bailliage et ceux de la gouvernance de Lille peuvent, nonobstant cette disposition, faire la levée des cadavres dans toute la châtellenie, parcequ'ils en sont juges supérieurs.

Cette observation peut aussi s'appliquer à la gouvernance de Douai, dont la coutume, tit. 5, art. 1, contient absolument la même disposition que le texte cité de celle de la châtellenie de Lille.

Le terme *Ecouage* est aussi employé dans quelques coutumes locales de la province d'Artois.

Celle du bailliage de Saint-Omer, art. 17, porte que « les hommes de la cour dudit bailliage, à la conjure du bailli ou de son lieutenant, peuvent, depuis la Saint-Jean-Baptiste jusqu'au premier octobre, *en faisant leurs visites ou Ecauwages*, condamner ceux qui détiennent les terres voisines des chemins, à les réparer..... ».

L'art. 8 de la coutume d'Aire déclare que « les mayeur et échevins de cette ville font, au nombre de cinq, à la conjure du châtelain, toutes levées et visites dites *Ecauwages*, et cadavres trouvés en ladite ville et banlieue, et ès rivières, courans d'eau et chemins dans l'étendue de ladite ville et banlieue ».

[[Aujourd'hui les Ecouages, en tant qu'ils ont pour objet la visite des cadavres des personnes présumées mortes par violence, sont du ressort des officiers de police judiciaire. *V. Cadavre* et *Blessé*.

En tant qu'ils ont pour objet la visite des grands chemins et des rivières navigables ou flottables, à l'effet de constater les contraventions aux lois et aux règlemens, ils sont du ressort des maires et de leurs adjoints, des ingenieurs des ponts et chaussées, des agens de la navigation, des commissaires de police et de la gendarmerie. *V.* la loi du 29 floréal an 10, art. 2.

En tant qu'ils ont pour objet la vérification des délits attentatoires à la police et à la conservation des chemins vicinaux et des rivières non navigables, ils peuvent être faits par les officiers de police judiciaire, notamment par les maires, leurs adjoints et les commissaires de police. *V. Chemin public*, *Ecluse* et *Rivière*.]]

ECRITE. Terme employé au parlement de Provence pour signifier *convention*, *concordat*, *atermoiement*, etc. Voyez les arrêts de cette cour rapportés sous le mot *Atermoiement*.

• ECRITURES. On distingue dans l'ordre judiciaire deux sortes d'Ecritures : les Ecritures publiques et les Ecritures privées. — Les Ecritures de la première espèce sont celles qui émanent d'officiers publics, c'est-à-dire, de ceux qui sont préposés pour recevoir différens actes à l'authenticité desquels on doit une foi entière, lorsqu'ils sont souscrits de la signature de ces officiers. — Les Ecritures privées sont celles que font entr'eux les particuliers dans les cas où ils peuvent se passer du ministère d'officiers publics, comme pour des promesses, des reconnaissances, des obligations, etc. *V. Actes authentiques*, *Comparaison d'Ecritures*, *Reconnaissance*, *Vérification*, *Preuve*, *Faux*, *Inscription de faux*. (M. GUYOT.) •

ECRIVAIN. *V. Expert* et *Vérification*.

ECRIVAIN DE VAISSEAU. *V. Testament*.

ECROU. C'est un article du registre des emprisonnemens, qui contient le jour et la cause pour laquelle on a constitué quelqu'un prisonnier. *V. Arrestation* et *Emprisonnement*.

[[ECU DE MER. Terme employé dans certains ports du nord de l'Europe, pour désigner le congé que la douane délivre au capitaine d'un bâtiment de commerce qui a déchargé sa cargaison, et d'après lequel il lui est libre de reprendre la mer.

Il s'est élevé, à l'occasion de cet usage, une contestation célebre qui a été portée successivement au parlement de Rouen, à l'ancien conseil d'état et à la cour de cassation. Voici les faits :

Le 20 juillet 1786, le capitaine Gerrit-Ziedzès, Hollandais, prend au port de Rouen un chargement de marchandises destinées pour Pétersbourg, et parmi lesquelles se trouve une caisse marquée *M*, *n°.* 1, adressée au sieur Raimbert, negociant français, établi en cette dernière ville. — A son arrivée à Pétersbourg, ce capitaine, conformément aux lois et aux usages de la Russie, décharge sa cargaison à la douane, entre les mains des commis, lesquels, en présence des préposés du sieur Raimbert, vérifient cette cargaison et la comparent avec son manifeste et son connaissement. — Le déchargement terminé, il obtient son Ecu de Mer, reçoit son frêt du sieur Raimbert, reprend la mer avec une nouvelle cargaison et fait voile vers Rouen. — A peine est-il parti, qu'un sieur Lemagnin, se disant propriétaire de la caisse marquée *M*, *n°.* 1, se présente à la douane de Pétersbourg, pour la réclamer. Après beaucoup de recherches inutiles, il se pourvoit au tribunal de la douane pour faire condamner les commis à lui remettre cette caisse, sinon, à lui en payer le prix montant, d'après la facture qu'il produit, à 10,000 liv. — Avant de statuer sur cette réclamation, le tribunal de la douane rend un jugement préparatoire qui renvoie le sieur Lemagnin au capitaine Gerrit-Ziedzès, à l'effet de prendre de lui une déclaration assermentée, constatant qu'il a reellement déposé la caisse dont il s'agit dans les magasins de la douane. — Le sieur Raimbert, en qualité de consignataire de la caisse, transmet ce jugement à Rouen pour le faire exécuter. — En conséquence, le capitaine est cité à l'amirauté de Rouen, pour passer cette déclaration. Il s'y refuse, et sur son refus, sentence qui l'y condamne, sinon, à payer, pour valeur de la caisse, une somme de 10,000 liv. Appel; et le 6 mars 1789, arrêt du parlement de Rouen qui met l'appellation au néant. — Le capitaine se pourvoit en cassation. Par arrêt rendu sur sa requête, le 6 septembre 1790, le conseil d'état casse celui du parlement de Rouen. Le sieur Raimbert forme opposition à cet arrêt. — Après la suppression de l'ancien conseil d'état, cette opposition est portée devant la cour de cassation, qui, par

Digitized by Google

arrêt interlocutoire du 20 juillet 1791, « ordonne aux parties ou à la plus diligente de justifier, par le texte même, ou par acte de notoriété des tribunaux supérieurs de la Russie, des règlemens et usages relatifs au fait dont il s'agit ». — Le 24 janvier 1802, le capitaine obtient, de l'ordre exprès de l'empereur Paul I, une attestation du *collège de commerce* de Pétersbourg, qui certifie « que tous les faits par lui allégués et articulés au procès, sont dans la conformité la plus exacte avec les lois, usages et coutumes du pays ». — Les choses en cet état, arrêt du 21 brumaire an 13, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Vu l'art. 17 du traité de navigation et de commerce conclu à Pétersbourg le 11 janvier 1787 entre la France et la Russie, par lequel il a été convenu, pour tout ce qui regarde la visite des navires marchands, la déclaration des marchandises, le temps de les présenter, et la manière de les vérifier, que l'on observera dans chaque pays les lois, règlemens et coutumes qui y sont établis; — Et attendu, 1°. que des pièces produites par le capitaine Gerrit-Ziedzès, en exécution de l'arrêt préparatoire de la cour du 20 juillet 1791, et notamment de l'attestation ou acte de notoriété à lui délivrée le 24 janvier 1802, par le collége de commerce de Petersbourg, ensuite des ordres de l'empereur de Russie, et du règlement maritime de cet empire, de 1731, relatif aux droits de la Douane, il résulte que, lorsqu'un capitaine de navire marchand, étranger, arrive au port de Pétersbourg, ce n'est point au propriétaire ni au consignataire des marchandises dont il est chargé, qu'il en fait la remise; — Que d'après les usages de ce port et les lois de cet empire, elle s'effectue entre les mains des commis de la douane, qui les font transporter dans les magasins, ensuite de la vérification qui en est faite d'après le manifeste, les connaissemens et tous les papiers de mer dudit capitaine; — Que toutes ces opérations se font encore en présence et à la participation du commis du consignataire; — Que le dépôt une fois consommé, la décharge qu'il reçoit, et la permission qui lui est accordée par les mêmes commis, de reprendre charge et de quitter ce port, que l'on appelle *Ecu de Mer*, opère à son egard le même effet d'une quittance qu'il recevrait du propriétaire; — Attendu, 2°. qu'il est constaté par l'acte de notoriété ou attestation ci-dessus énoncée, que le capitaine Gerrit-Ziedzès s'est exactement conformé à toutes ces lois et usages; que son chargement a été vérifié au port de Petersbourg, d'après ses connaissemens; que cette vérification a été faite en présence d'un commis expéditeur du sieur Raimbert; que les marchandises qui en étaient l'objet, ont été déposées dans les magasins de la douane; qu'il y a reçu, d'une part, sa décharge ou Ecu de Mer, et de l'autre son frêt dudit sieur Raimbert; d'où il suit que dès ce moment, il s'est trouvé pleinement libéré de tous ses engagemens; — Attendu, 3°. que n'étant pas partie dans l'instance intentée par le sieur Lemagnin aux commis de la douane de Pétersbourg, il n'était point tenu d'obtempérer au jugement particulier de la juridiction de ladite douane, qui enjoignait audit sieur Lemagnin de prendre de son pilote et de lui leur déclaration assermentée portant qu'il avait remis dans les magasins de ladite douane la caisse marquée *M. n°.* 1, dont il s'était chargé à Rouen pour le compte de celui-ci, et à charge de la lui rendre à Pétersbourg, parceque le paiement de la totalité de son frêt et la remise à lui faite de son Ecu de Mer, le déchargeaient pleinement de toute obligation à cet égard, et ne le rendaient passible d'aucune action à diriger contre lui; et que néanmoins le parlement de Rouen, en le contraignant à passer une semblable déclaration, a également contrevenu aux lois de la Russie, aux usages de la douane bien légalement constatés, et à l'art. 17 du Traité de commerce du 11 janvier 1787; — Par ces motifs, la cour, statuant sur l'opposition formée par ledit sieur Raimbert à l'arrêt du ci-devant conseil d'état, du 6 septembre 1790, l'admet pour la forme; et prononçant sur le fond, le déboute de l'opposition qu'il y a formée; ordonne, en conséquence, que ledit arrêt sera exécuté selon sa forme et teneur ».]]

ECUYER. *V. Chevalier* et *Noblesse*.

EDIFICE. *V. Bâtiment* et *Reparations*.

* EDIT. C'est une loi faite par le souverain, pour défendre ou ordonner quelque chose.

Il y avait des Edits chez les Romains : le corps de droit en renferme treize de l'empereur Justinien. Ils sont à la suite des novelles dans la plupart des éditions du Corps de droit.

Les Edits des édiles étaient des règlemens que ces magistrats faisaient sur les matières dont ils avaient la connaissance, telles que la distribution des prix des jeux, la police des temples, des chemins publics, des marchés, des marchandises, etc. Ce fut par ces Edits que furent introduites les actions que l'on exerce encore contre ceux qui vendent des choses défectueuses. [[*V.* dans le Digeste, le titre *de ædilitio Edicto*.]]

Comme la compétence des préteurs et celle des édiles n'étaient pas trop bien distinguées, et que les édiles étaient souvent appelés préteurs, on confondait aussi quelquefois les Edits des édiles avec ceux des préteurs.

Ces Edits n'étaient comme ceux des préteurs, que des lois annuelles que chaque édile renonvelait pendant son administration, suivant qu'il le jugeait à propos.

Il paraît que le pouvoir de faire des Edits fut ôté aux édiles et aux préteurs par l'empereur Adrien, lorsqu'il fit faire l'*Edit perpétuel*, qui est une collection ou une compilation de tous les Edits, tant des préteurs que des édiles. Ce fut le jurisconsulte Julius Salvianus que ce prince choisit à cet effet. Il paraît, par les fragmens qui nous restent de l'Edit perpétuel, que le jurisconsulte chargé de le rédiger y suppléa beaucoup de décisions qui ne se trouvaient point dans les Edits dont il fit la compila-

Digitized by Google

tion. Les empereurs Dioclétien et Maximien qualifièrent cet ouvrage de *Droit perpétuel*.

Plusieurs anciens jurisconsultes ont fait des commentaires sur cet Edit.

On en fit un abrégé pour les provinces, qui fut appelé *Edit provincial*.

C'était la loi que les proconsuls faisaient observer dans leurs départemens. Comme dans cet abrégé on n'avait pas prévu tous les cas, cela obligeait souvent les proconsuls d'écrire à l'empereur pour savoir ses intentions. On ne sait point qui fut l'auteur de l'Edit provincial, ni précisément en quel temps cette compilation fut faite. Ezéchiel Sphanham, dans son ouvrage intitulé *Orbis Romanus*, conjecture que l'Edit provincial peut avoir été rédigé du temps de l'empereur Marcus. Henri Dodwel, *ad spartiam. Hadrian.*, soutient au contraire que ce fut Adrien qui fit faire cet abrégé : il n'est cependant dit dans aucun endroit que le jurisconsulte Julien, qu'il avait chargé de rédiger l'Edit perpétuel, fut aussi l'auteur de l'Edit provincial; peut-être n'en a-t-on pas fait mention, à cause que l'Edit provincial n'était qu'un abrégé de l'Edit perpétuel dont on avait seulement retranché ce qui ne pouvait convenir qu'à la ville de Rome. On y avait aussi ajouté des réglemens particuliers, faits pour les provinces, et qui n'étaient point dans l'Edit perpetuel.

Au surplus, ces deux Edits étaient peu différens l'un de l'autre, comme il est aisé d'en juger, en comparant les fragmens qui nous restent des commentaires de Caius sur l'Edit provincial, avec ce qui nous a été conservé de l'Edit perpétuel; plusieurs de ces fragmens ont été insérés dans le Digeste.

En France, les ordonnances et les règlemens faits par les rois de la première race, étaient appelés Edits : sous la seconde race, on les nomma *Capitulaires*, et sous la troisième race, le terme d'*Edit* est redevenu en usage.

Nous avons beaucoup d'Edits qui portent le nom du lieu où ils ont été donnés : tels sont l'Edit de Crémieu, l'Edit de Melun, l'édit d'Amboise, l'Edit de Nantes, etc., d'autres portent le nom des choses qu'ils avaient pour objet : tels sont l'*Edit du contrôle*, l'*Edit des insinuations*, l'*Edit des présidiaux*, l'*Edit des duels*, l'*Edit des secondes nôces*, etc.

Les Edits sont comme les ordonnances, des lettres-patentes du grand sceau, dont l'adresse est *à tous présens et à venir*. Ils sont seulement datés du mois et de l'année.

Les Edits, étant signés du roi, sont visés par M. le chancelier, et scellés du grand sceau en cire verte, sur des lacs de soie rouge et verte.

On n'observe les Edits que du jour qu'ils sont enregistrés. *V. Enregistrement des lois.* (M. GUYOT.)*

[[Aujourd'hui tous les actes législatifs portent indistinctement le nom de *Lois*. *V. Déclaration du roi* et *Loi*.]]

[[ÉDUCATION. C'est l'action d'élever un enfant, c'est-à-dire, de pourvoir à sa nourriture, à son habillement, à son logement, à son instruction.

La question de savoir à qui doit être confié le soin de l'Education d'un enfant, occasionne dans les tribunaux des difficultés très fréquentes.

Pour la traiter avec l'ordre convenable, nous parlerons d'abord de l'Education des enfans légitimes, ensuite de l'Education des enfans naturels.

§. 1. *De l'Education des enfans légitimes.*

Il peut arriver, pour l'Education d'un enfant legitime, cinq cas différens; — 1°. ou les père et mère de cet enfant vivent tous deux en bonne intelligence; — 2°. Ou ils sont divorcés; — 3°. Ou ils sont séparés de corps et de biens; — 4°. Ou l'un d'eux est mort; — 5°. Ou ils sont morts tous deux.

Reprenons chacun de ces cinq cas séparément.

I. Quand le père et la mère sont vivans et demeurent ensemble, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'Education de leurs enfans. C'est à eux qu'elle appartient par le droit de la nature, et il est sans exemple qu'on ait entrepris de les en priver.

II. Lorsque le père et la mère sont divorcés, à qui doit-on accorder la préférence pour l'Education de leurs enfans communs?

Par le droit romain, elle était régulièrement accordée au père; et néanmoins il pouvait arriver des cas où la mère dût l'emporter. C'est ce que prouvent la loi 1, §. 3, D. *de liberis exhibendis;* la loi 3, §. 5 du même titre, l'authentique *si pater*, C. *de divortiis factis*, et la loi 3, C. *de alendis liberis.*

On connaît les changemens qu'a faits à cette jurisprudence le §. 4 de la loi du 20 septembre 1792. Voici quelles étaient ses dispositions :

« *Art.* 1. Dans le cas du divorce par consentement mutuel, ou sur la demande de l'un des époux pour simple cause d'incompatibilité d'humeur ou de caractère, sans autre indication de motifs, les enfans nés du mariage dissous, seront confiés, savoir, les filles à la mère, les garçons âgés de moins de sept ans, également à la mère; au-dessus de cet âge, ils seront remis et confiés au père; et néanmoins le père et la mère pourront faire à ce sujet tel autre arrangement que bon leur semblera.

» 2. Dans tous les cas de divorce pour cause déterminée, il sera réglé en assemblée de famille, auquel des époux les enfans seront confiés.

» 4. Si le mari ou la femme divorcés contractent un nouveau mariage, il sera également réglé en assemblée de famille, si les enfans qui leur étaient confiés, leur seront retirés, et à qui ils seront remis.

» 5. Soit que les enfans, garçons ou filles, soient confiés au père seul ou à la mère seule, soit à l'un et l'autre, soit à des tierces personnes, le père et la mère ne seront pas moins obligés de contribuer aux frais de leur Education et entretien; ils y contribueront en proportion des facultés et revenus réels et industriels de chacun d'eux ».

Digitized by Google

Ces dispositions ne font plus loi depuis la publication du titre *du divorce* du Code Napoléon.

Le Code Napoléon distingue, comme le faisait la loi du 20 septembre 1792, le cas du divorce par consentement mutuel d'avec le cas du divorce pour cause déterminée.

L'art. 280 porte qu'avant de se pourvoir en divorce par consentement mutuel, les époux seront tenus de régler par écrit « à qui les enfans nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ».

L'art. 302 veut qu'au cas de divorce pour cause déterminée, les enfans soient « confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du procureur impérial, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfans, que tous ou quelques uns d'eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne ».

L'art. 303 ajoute que « quelle que soit la personne à laquelle les enfans seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfans, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ».

III. Lorsque le père et la mère sont simplement séparés de corps et de biens, il faut distinguer si c'est par la faute de la femme, ou par celle du mari, que la séparation a été prononcée.

Au premier cas, personne ne doute que le mari ne doive conserver l'Education de leurs enfans communs.

Mais c'est une question, si, dans le second cas, le juge peut la lui ôter et la confier, soit à la mère, soit à des tiers?

Cette question s'est présentée au tribunal civil d'Alençon, entre le sieur Duronceray et son épouse; et par jugement du 23 février 1807, ce tribunal, en les séparant de corps et de biens pour cause de mauvais traitemens, a condamné le père à remettre les enfans à la mère, sous peine d'y être contraint par les voies de droit. Il a en même temps, sur les conclusions du ministère public, ordonné la convocation d'un conseil de famille, « pour délibérer, hors la présence du père, sur les moyens qu'il jugerait les plus convenables pour pourvoir à l'Education de ces enfans, et si la remise provisoire de ces enfans à leur mère doit être definitive ».

Le sieur Duronceray a appelé de ce jugement; et voici de quelle manière il a cherché à justifier son appel: — « La loi civile, en consacrant les droits de l'homme, comme époux et comme père, n'a fait qu'imiter la nature et suivre les règles qu'elle avait indiquées. L'homme est le chef de l'union conjugale; il est le protecteur de sa femme et de ses enfans; il a sur eux des droits que l'on ne peut lui ravir sans porter atteinte à l'ordre social, et sans compromettre le mariage lui-même. — De cette source est dérivée la puissance paternelle, que le législateur a proclamée dans le tit. 9 du liv. 1er du Code Napoléon, et dont le 1er article porte que l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371); qu'il reste sous leur *autorité* jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372). — Mais la loi s'empresse d'ajouter que cette autorité n'appartient point à la mère pendant le mariage; que le père seul peut l'exercer, parcequ'étant le chef de l'union conjugale, le protecteur de la femme, son mise elle-même à sa puissance, lui seul exerce cette autorité constant le mariage (art. 373). — Aussi, la loi ne parle-t-elle plus ensuite que du père, comme étant la personne qu'elle considère principalement, et du nom duquel la puissance est appelée *paternelle*. Cette puissance ne consiste pas seulement dans une autorité sur la personne des enfans, elle est encore un titre lucratif en certains cas. Elle donne au père seul (art. 384) la jouissance, pendant le mariage, des biens de ses enfans, jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à l'émancipation. — Le père ne peut perdre cette jouissance que dans le cas d'un divorce prononce contre lui (art. 386). — Cependant les premiers juges se sont permis de violer ces droits sacrés de la puissance paternelle.... Quel a été leur motif? L'art. 302 du Code Napoléon. Mais la disposition de cet article, necessaire pour le cas du divorce, ne se trouve point écrite dans le chap. 5 du Code, lorsqu'il est question de la séparation de corps. — La raison en est sensible. Le divorce a pour objet de rompre entièrement les nœuds sacrés du mariage, de rendre les époux étrangers l'un à l'autre, et libres de contracter une nouvelle union. Il fallait dès-lors que le législateur s'occupât du sort des enfans issus de cette union à jamais dissoute, et que l'art. 295 défendît même de rétablir par aucune conciliation. — La séparation de corps, au contraire, a pour objet de mettre l'un des époux à l'abri des injures ou mauvais traitemens de l'autre époux, dont l'egarement peut n'être que passager, et que l'âge, la raison, de bons conseils, peuvent rameuer aux égards qu'il doit à l'éternel associé de sa vie, de son bonheur, de ses peines et de ses plaisirs. — La séparation ne rompt point le mariage. Ses engagemens, ses devoirs, ses droits, ses avantages subsistent. Le mari demeure encore le gardien des actions et des propriétés de sa femme, et son autorité sur elle n'est pas détruite. — A plus forte raison, son autorité sur les enfans communs subsiste-t-elle toujours et doit-elle subsister tout entière; car la puissance paternelle étant le premier et le plus sacré des droits, et le mariage subsistant toujours, la disposition de l'art. 373 conserve tout son empire. Donc le père conserve son autorité sur les enfans. — Il faut encore remarquer que la loi qui permet la séparation de corps comme un remède d'autant plus salutaire, qu'il prévient le funeste recours au divorce, que la loi, disons-nous, se plaît à présumer que les époux se réuniront un jour et feront cesser le désordre de leur désunion. Aussi, le législateur s'est-il gardé de prononcer l'irrévocable disposition de l'art. 295. Tout au contraire, dans l'art. 309, il invite même le mari, outragé par sa femme condamnée pour adultère, à la reprendre et à faire

Digitized by Google

cesser la peine infligée; et dans l'art. 1451, il favorise le rétablissement de la communauté (quoique dissoute et liquidée), avec effet du jour du mariage, en remettant les choses au même état que s'il n'y avait point eu de séparation.— La loi n'a pas trouvé de moyen plus efficace de réaliser le vœu qu'elle avait formé pour cette réunion, que de laisser au mari, pendant la séparation, la même autorité sur les enfans; car alors la mère, poussée par le besoin de rentrer dans une maison qui lui doit être si chère, fera plus volontiers le sacrifice de ses ressentimens; et le mari, privé d'une épouse dont les soins étaient si nécessaires à ses enfans, sera plus disposé, par leur seule présence, à redemander celle qui leur donna le jour. C'est ainsi que le législateur, ayant fondé son espoir sur les besoins du cœur et les plus forts sentimens de la nature, a fait des règles d'autant plus sages, qu'elles sont garanties par le besoin de s'y conformer.— Il est constant que si pendant la séparation, l'un des enfans était propriétaire de biens ou droits quelconques, le mari seul, aux termes des art. 384 et 386, en aurait la jouissance jusqu'à l'émancipation ou la majorité, parcequ'il ne peut perdre cet avantage que par un divorce prononcé contre lui.— Or, cette jouissance étant un des effets de la puissance paternelle, et l'effet ne pouvant subsister sans sa cause, il est évident que la puissance paternelle ne reçoit point d'atteinte par la simple séparation, de même que le mariage n'en reçoit pas non plus, puisque le lien subsiste toujours. — Si donc le père conserve la puissance sur ses enfans, il conserve son autorité sur eux; car puissance et autorité sont synonymes; et la puissance n'est autre chose que cette autorité même, dont l'art. 333 dit que le père a seul l'exercice tant que dure le mariage».

Ces moyens n'ont pas eu le succès qu'en paraissait attendre le sieur Duronceray. Par arrêt du 19 juin 1807, — « attendu qu'il est constant en fait et prouvé au procès que Me Duronceray s'est montré souvent dur et emporté envers ses enfans, et les a, dès leurs premières années, accoutumés à manquer de respect à leur mère; que d'après ce caractère bien connu des deux époux, l'intérêt évident des enfans paraît exiger qu'ils soient remis en ce moment sous la garde de leur première institutrice, sans préjudice néanmoins des légitimes effets de l'autorité du père; — considérant que la puissance paternelle n'est qu'un droit de défense et un devoir de protection établis en faveur des enfans, et susceptibles des modifications qu'exige leur intérêt; — considérant que dans la législation même des Romains, où cette puissance était extrême, la loi qui s'en était rapportée d'abord à la prudence du juge pour décider auquel des époux, dans le cas de divorce, devaient être remis les enfans, voulant qu'ils ne souffrissent aucun préjudice des discordes et de la séparation de leurs parens, avait décidé qu'ils resteraient à l'époux qui obtenait le divorce, à moins que leur plus grand avantage ne déterminât d'autres mesures; que telles sont les dispositions de la loi unique, *C. divortio facto*, et de la novelle 113, d'où est tiré l'art. 302 du Code civil; — considérant que l'ancienne jurisprudence observée en matière de séparation de corps, dans le temps où le divorce n'était pas reçu en France, a eu aussi constamment pour base l'intérêt des enfans; — considérant que les auteurs du Code civil, pénétrés de ce grand principe, ont commencé par statuer, art. 267, que sur la simple demande en divorce, l'administration provisoire des enfans peut être enlevée au mari par une décision du tribunal, lorsque, sur la réquisition de la mère, ou de la famille, ou du ministère public, il croit devoir adopter cette mesure pour le plus grand avantage des enfans; et que si elle est autorisée dans un moment où le titre de chef de la société conjugale subsiste dans toute sa force, elle peut, à plus forte raison, avoir lieu après que le mari est jugé infracteur de ses devoirs, et que le lien des époux est au moins relâché par la séparation; — considérant qu'aux termes de l'art. 302 du Code civil, les enfans doivent être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal ne prescrive d'autres dispositions pour le plus grand avantage des enfans; — considérant que si la loi n'a pas dit que la séparation aurait à leur égard le même effet que le divorce, elle ne renferme non plus aucune disposition contraire; et qu'en général, sauf le principe de l'indissolubilité du lien sur lequel le législateur a respecté des opinions religieuses, ces deux actions sont réglées par les mêmes principes; — considérant que la décision doit être la même là où se trouvent les mêmes motifs d'indignité, la même présomption contre l'époux qui a manqué à ses devoirs, et la même considération de l'intérêt des enfans, qui doit être toujours le principe décisif dans cette matière; — que s'il existe une lacune dans la loi, elle doit être remplie par les sages dispositions du juge, auxquelles la loi s'en est rapportée dans ces circonstances; et que d'après la discussion qui a eu lieu au conseil d'état, l'intention du législateur, déjà manifestée par le texte même de la loi, ne peut être révoquée en doute; que si d'après l'art. 373 du Code, le père peut seul exercer, pendant le mariage, cette magistrature domestique que la mère est appelée elle-même à remplir dans plusieurs circonstances, et que si, aux termes de l'art. 374, l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, les dispositions générales établies pour cet état heureux d'ordre et de concorde, où l'unité du ménage n'a point été rompue par la désunion des époux, n'empêchent pas que le pouvoir du père, quelque respectable qu'il soit, ne s'arrête là où il deviendrait dangereux aux enfans; et ne reçoive, en certains cas, des modifications qui laissent subsister au reste, dans tous ses légitimes effets, l'autorité du père par rapport à la surveillance de l'Education des enfans et leur établissement; — considérant que lors de la discussion de la loi au conseil, on avait agité diverses questions relatives à la disposition des enfans, dans le cas où il n'y a ni divorce, ni même

Digitized by Google

séparation de corps, mais seulement conduite immorale de la part du père; et que ces questions n'ayant pas été résolues, il en résulte, d'après l'observation du rédacteur des procès-verbaux du conseil d'état, que c'est à la jurisprudence de régler ces sortes de difficultés, d'après les principes qui ont en toujours pour base l'intérêt des enfans; — considérant qu'on ne pourrait sans forcer et combattre le véritable sens du jugement dont est appel, induire de ses dispositions, relativement au conseil de famille, que les sieur et dame Duroneeray seraient privés du droit de s'y présenter, pour faire aux parens les observations qu'ils jugeront convenables; et qu'à cet égard, il n'est pas nécessaire de rectifier une disposition que le juge ponvait même se dispenser de porter; — Par ces motifs, la cour (d'appel de Caen) dit qu'il a été bien jugé..... »

IV. Lorsque l'un des deux époux est décédé, on distingue d'abord si c'est le père qui survit, on bien la mère.

Si c'est le père, il faudrait, pour lui ôter l'Education de ses enfans, des raisons aussi et peut-être plus graves qu'il en eût fallu pour le priver de ce soin du vivant de leur mère. Que celle-ci, dans des circonstances extraordinaires, eût obtenu la préférence sur lui, la nature n'en anrait pas gémi, la loi civile seule en aurait souffert. Mais qu'après la mort de la mère, l'enfant passe dans les mains d'un étranger, plutôt que dans celles de son père, la nature y répugne; et pour que la loi civile le permette, il faut qu'il n'y ait pas absolument d'autre moyen de donner à cet enfant une Education telle que la morale et la société ont droit de l'exiger.

Aussi trouvons-nous dans le Recneil d'Albert, article *Education*, nn arrêt du parlement de Toulouse, du 15 juin 1644, qui a jugé « en faveur du sieur de Raynié, que bien qu'il eût été *marié quatre fois*, qu'il n'eût rien voulu donner à son fils du premier lit, pour le sustenter *dans une grande maladie, et qu'il n'eût daigné l'aller voir*, il serait preféré pour l'Education de ce fils, à l'aïeule maternelle ».

Védel, sur les arrêts de Catellan, liv. 4, chap. 27, ditaussi que «le second mariage du père n'est pas un motif d'exclusion pour lui de l'Education de ses enfans, parceque la loi ne présnme point que ce second mariage change le cœur du père à l'egard des enfans du premier lit; au contraire, elle présnme dans tous les temps favorablement de l'affection du père à l'egard de ses enfans ». — Vedel cite à l'appui de ce qu'il avance, la loi *cùm furiosus*, C. de *curatorib. furios.* la loi *si verò*, §. pen. D. de *adoptionibus*, et la loi *non solùm*, §. *de uno*, D. *de ritu nuptiarum*.

On trouve néanmoins dans le Recueil de Catellan, liv. 4, chap. 27, trois arrêts du parlement de Toulouse, qui en ont jugé autrement; mais on ne peut les regarder que comme des exceptions, et ils n'ont été dictés que par des circonstances très particulières.

Dans le cas des deux premiers, celui de Boyer et celui de Turle, « il n'y a, dit Catellan, que de mauvais traitemens qui ont fait ôter l'Education au père remarié ».

Dans l'espèce du troisième, qui est du 15 décembre 1678, il y avait une transaction par laquelle le père avait renoncé formellement, en faveur de l'aïeul et de l'aïeule maternels, à l'Education de sa fille de premières nôces; et encore les conclusions du ministère public furent-elles à l'avantage du père. Il y a plus; les droits du père furent reconnus par l'arrêt même. Ecoutons Catellan: « Il intervint partage en l'audience; les uns voulant absolument rendre la fille au père, les autres ordonner qu'elle serait mise dans un couvent. Le partage porté à la chambre du conseil, il passa à un tiers avis, qui fut d'ordonner que la fille serait rendue au père, qui la remettrait dans un convent de religieuses ou chez quelqu'un de ses parens. C'est un menagement que la cour voulut bien prendre entre l'autorité paternelle, le désir de l'aïeul et de l'aïenle, et ce qui paraissait être de la plus grande sûreté ou du plus grand avantage de la fille ».

Les *Observations* de Védel sur cet arrêt nous en fournissent nn plus récent, du 14 février 1712, par lequel l'aïeul et l'aïeule maternels ont été préférés, pour l'Education d'une fille, à son père qui était remarié. Mais dans quelles circonstances cet arrêt est-il intervenu? « Une fille du premier lit (dit Védel) se trouvait donataire contractuelle de la moitié des biens de son père, héritière d'ailleurs de la dot de sa mère, qui, par son prédecès, devait tomber entre les mains de son père; cette fille était dans son bas âge, et recevait de manvais traitemens de la part de sa marâtre. La cour ordonna qu'elle serait élevée auprès de l'aïeul et de l'aïenle maternels jusqu'à l'âge de dix ans, après lequel temps elle serait rendue an père, pour être mise dans un convent, à son choix ».

Cet arrêt, ajoute Védel, peut être justifié par la loi 1, D. *ubi pupillus educari vel morari debeat*; cette loi veut en effet qu'on se règle en cette matière sur les circonstances qui peuvent se rencontrer pour exclure le père de l'Education de l'enfant: elle donne pour exemple le cas où il y aurait du risque pour les jours de celui-ci; et la glose remarque que, pour fonder ce soupçon, il faut le concours de deux choses: l'une, que le père soit l'heritier présomptif de son fils; l'autre, qu'il soit d'une inconduite notoire.

Il paraît au surplus qu'aujourd'hui, un père ne peut plus être privé de l'Education de ses enfans que dans les cas où il peut l'être de leur tutelle, c'est-à-dire, 1°. lorsqu'il a avec eux des procès dans lesquels leur fortune ou une partie notable de leurs biens est compromise; 2°. lorsqu'il est condamné à une peine afflictive ou infamante; 3°. lorsqu'il est d'une inconduite notoire; 4°. lorsque sa gestion atteste son incapacité ou son infidelité. *V.* le Code Napoléon, art. 442, 443 et 444.

Lorsque le père est décédé le premier, et que la mère survit, c'est à elle qu'appartient régulièrement le soin de nourrir et d'élever ses enfans: *Educatio*

Digitized by Google

pupillorum suorum nulli magis quàm matri eorum committenda est. Ce sont les termes de la loi 1, C. *ubi pupillus educari debeat.* Ce texte, dit Albert, au mot *Éducation*, chap. 1, a servi de fondement à un arrêt du parlement de Toulouse du 11 mars 1655, qui a préféré une mère à un oncle paternel pour l'Éducation d'une fille, quoiqu'on reprochât à la première de vouloir marier celle-ci avec un homme dont la fortune ne répondait pas à la sienne.

Il a même été jugé au parlement de Provence, le 22 mars 1646, que la mère devait être préferée à l'aïeule paternelle, quoique celle-ci eût été nommée par l'aïeul paternel éducatrice de ses petits-enfans. (*Boniface, tome 1, liv. 4, tit. 2, chap. 1.*)

Et cette jurisprudence est aujourd'hui d'autant moins susceptible de difficulté, que la mère seule est de plein droit, après la mort de son mari, tutrice de ses enfans mineurs, sans que ni le père, ni, à plus forte raison, l'aïeul maternel puissent l'en empêcher.

Cette règle admet cependant plusieurs exceptions.

1°. Lorsque la mère affiche, dans sa viduité, l'inconduite et le désordre, il est évident qu'elle peut être privée de l'Éducation comme de la tutelle de ses enfans; on a même douté si l'on pouvait lui permettre de les visiter. La question s'est présentée au parlement de Paris en 1648; et, par arrêt du 5 mars, elle a été appointée au conseil, mais d'une manière à faire entendre que la mère devait perdre sa cause. (*Soefve, cent. 2, chap. 70. Brillon, article* Éducation, n. 5.)

2°. Avant la publication du Code Napoléon, lorsque l'aïeul paternel vivait encore, et qu'il avait en sa puissance les enfans de son fils décédé (ce qui ne pouvait avoir lieu que dans une partie des pays de droit écrit), il devait être préféré à la mère pour leur Éducation. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts du parlement de Provence des 19 février 1644 et 14 octobre 1660, rapportés par Boniface, tome 1, liv. 4, tit. 2, chap. 1.

3°. Plusieurs arrêts ont jugé que si le père a, par son testament, disposé de l'Éducation de ses enfans au préjudice de leur mère survivante, sa volonté doit être suivie. Il y en a un du parlement de Paris du 30 juillet 1665, rapporté par Soefve, tome 2, cent. 3, chap. 54. Boniface, tome 4, liv. 4, tit. 2, chap. 1, nous en retrace un autre rendu au parlement de Provence le 8 juillet 1673.

Mais remarquons que l'on ne pourrait plus juger de même depuis la publication du Code Napoléon.— Car sous le Code Napoléon, le père ne peut plus priver la mère survivante de la tutelle de leurs enfans; et la tutelle emporte de plein droit, suivant l'art. 450, l'obligation et par conséquent le pouvoir de *prendre soin de la personne du mineur.*

4°. Plusieurs auteurs, tels que Voët, sur le Digeste, liv. 27, tit. 2, et Coren, en ses conseils 5 et 17, enseignent qu'un aïeul, et même tout autre parent, qui offre de nourrir à ses frais un enfant, doit être préféré, pour son Éducation, à la mère qui ne veut pas lui faire le même sacrifice.

Périer, quest. 139, rapporte un arrêt du parlement de Bourgogne qui est fondé sur cette doctrine. Philippe Ravier ayant mal vécu avec sa femme, et l'ayant obligée, par ses mauvais traitemens, de sortir de sa maison, tomba malade, et fit un testament par lequel il donna son père tuteur de ses deux enfans. Les parens confirmèrent cette nomination; mais il s'éleva une difficulté sur l'Éducation. L'aïeul la prétendit, tant comme tuteur que parce-qu'il offrait de nourrir gratuitement ses petits-enfans, ce que leur mère refusait. Par arrêt du 26 mars 1675, le parlement de Bourgogne ordonna effectivement que les enfans lui seraient remis, pour les nourrir et élever gratuitement, *si mieux n'aimait la mère faire la même condition.*

Cette décision est censurée par Raviot en ses observations sur l'auteur qui la rapporte : « Les avantages temporels (dit-il) qu'un parent plus éloigné ferait aux mineurs, ne lui doit point donner la préférence pour leur Éducation sur la mère, parceque les mœurs sont au-dessus des biens de la fortune, et qu'on n'en doit confier la direction qu'à la personne présumée, par sa vigilance et par son affection, la plus capable de les cultiver et de les épurer; ici, la mère est jugée digne d'élever ses enfans, puisque, malgré la volonté du père qui lui avait ôté la tutelle, on lui assure l'Éducation, mais on la lui assure à une condition onéreuse. Si cette femme avait été incapable ou suspecte, quelque don qu'elle eût fait à ses enfans de leur nourriture et entretien, on n'aurait pas dû lui laisser le gouvernement de ces jeunes plantes; si, au contraire, elle était reconnue et réputée digne de les élever, l'aïeul, plus éloigné et plus faible par son âge, n'aurait pas dû lui être préféré ».

Cet auteur finit cependant par rendre hommage à l'arrêt : « Il faut donc croire (conclut-il) que la cour a fait ici l'office du prêteur, qui souvent fait ceder à l'équité l'austérité de la règle. Ces tempéramens conviennent sur-tout à la personne et à la fortune des mineurs: *Utilitatem pupillorum prætor sequitur*, dit la loi 10, D. *de confirmando tutore.* D'en user ainsi, c'est une raison et une sagesse ».

Ce que dit ici Raviot, par respect pour l'arrêt qu'il commente, il ne l'aurait peut-être pas dit, s'il eût su qu'il en existait un contraire dans le Recueil d'Albert, au mot *Éducation*, chap. 2. Voici les termes dont se sert celui-ci : « L'évêque de Valence étant oncle et tuteur du pupille d'Ambres, madame d'Ambres, mère du pupille, fut préférée en l'Éducation jusqu'à l'âge de neuf ans, quoique l'oncle offrit de le nourrir à ses frais, à la charge néanmoins qu'elle n'habiterait pas dans le château d'Ambres. Ce qui fait voir que *aliud est tutela, aliud Educatio* ».

Du reste, aujourd'hui que l'Éducation suit de plein droit la tutelle, il est clair qu'il n'est aucun cas où un parent collatéral puisse priver une mère

Digitized by Google

tutrice de ses enfans, du droit de les élever elle-même.

5°. La loi 1, C. *ubi pupillus educari debeat*, après avoir établi pour règle générale, par les termes transcrits ci-dessus, que la mère doit être préférée à tout autre, excepte de cette règle le cas où la mère serait remariée, *si non vitricum eis induxerit*. — « La raison en est sensible, dit Raviot (à l'endroit qui vient d'être cité); l'affection maternelle portée à un second mariage, est notablement affaiblie; cette affection se partage au moins entre les enfans du premier lit et du second, et encore entre le second mari, qui est le plus redoutable rival des enfans du premier lit. L'intérêt, le grand mobile de nos penchans et de nos actions, fait toujours regarder de mauvais œil ces enfans par leur beau-père; hors de ce cas des secondes nôces, la mère est censée la plus digne d'avoir le soin de cette Education : *quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum Educationem videbatur, dat ei etiam hoc lex, nisi ad secundas nuptias pervenerit*. Novelle 22, chap. 28 ».

Nous trouvons en effet dans le Recueil de Cambolas, liv. 4, ch. 24, un arrêt du parlement de Toulouse du 8 janvier 1621, qui juge que le frère consanguin doit être préféré à la mère remariée, pour la nourriture et l'Education des enfans du premier lit. Albert, au mot *Education*, ch. 3, en cite un du même parlement du 13 juin 1644 qui, pour l'Education d'un enfant mâle âgé de 13 ans, préfère l'aïeule maternelle à la mère qui avait convolé en secondes nôces.

Deux autres arrêts rendus au parlement de Provence, les 23 mars et 22 mai 1656, ont pareillement refusé à une mère remariée, l'Education des enfans qu'elle avait eus de son premier mari. Ils sont rapportés par Boniface, tom. 1, liv. 4, tit. 2, ch. 3.

Mais il s'en faut de beaucoup qu'avant le Code Napoleon, cette jurisprudence fût universelle parmi nous. Plusieurs interprètes célèbres, notamment Cujas, en ses *Observations*, liv. 6, §. 29, et Zoëz, sur le Digeste, liv. 27, tit. 2, soutiennent que, même à partir du droit romain, il faut qu'il se rencontre des circonstances extrêmement graves pour que le juge ôte à une mère remariée l'Education de ses enfans. A combien plus forte raison, nous qui ne présumons pas si facilement que le cœur d'une mère soit susceptible du désir de voir mourir ses enfans, ne devons-nous pas penser de même? Aussi voyons-nous Someren, *de jure novercarum*, ch. 5, Groeneweghen sur la loi 1, C, *ubi pupillus educari debeat*, Montanus, *de tutelis*, ch. 32, règle 9, n. 239, Christin, tom. 3, décis. 160, Zypeus en sa notice du droit belgique, page 167, Voët, sur le Digeste, liv. 27, tit. 2, et une infinité d'autres jurisconsultes, établir, comme une maxime constante dans nos mœurs, que le convol d'une mère à un second mariage n'est pas un motif suffisant pour la priver de l'Education de ses enfans.

Raviot lui-même convient de cette vérité. « Quoique la mère remariée (dit-il) semble être déchue du droit d'élever et nourrir chez soi ses enfans, il arrive néanmoins souvent qu'il leur convient de demeurer sous la conduite de leur mère; c'est pour cela que la loi citée ci-dessus ne rend point la mère incapable ni indigne de l'Education de ses enfans, mais seulement dit qu'on peut la lui ôter, *si vitricum induxerit*.

Des arrêts sans nombre avaient consacré cette doctrine avant la publication du Code Napoleon.

Expilly, §. 58, en rapporte un du parlement de Grenoble, de 1559, par lequel il a été jugé qu'une fille mineure, qui désirait être nourrie et élevée auprès de sa mère, ne pouvait pas en être empêchée par la circonstance que celle-ci était remariée.

Du Fail, liv. 3, ch. 47, nous en fournit un du parlement de Bretagne du 9 octobre 1563, par laquelle une mère qui, parcequ'elle était remariée, avait été privée de la tutelle de sa fille, fut cependant preposée à sa garde et à son Education.

Chenu, cent. 1, quest. 19, fait mention de trois arrêts rendus au parlement de Paris sur cette matière. Par le premier, du 17 décembre 1563, une mère remariée fut privée de l'Education de ses enfans, mais elle avait donné lieu de *se défier d'elle*. Les deux autres qui sont intervenus aux grands jours de Poitiers et de Clermont, les 5 octobre 1579 et 15 novembre 1582, ont jugé que les enfans d'une mère qui était engagée dans les liens d'un second mariage, n'en devaient pas moins être nourris et élevés dans sa maison.

Boné, §. 98, rapporte un arrêt semblable de la chambre de l'édit de Castres du 4 janvier 1647.

La Peyrère, au mot *Education*, nous retrace un arrêt du parlement de Bordeaux du 23 juillet 1701, par lequel il a jugé que « l'Education des enfans du premier lit d'une veuve remariée lui appartenait, à l'exclusion des oncles maternels des mineurs, à la charge par elle de mettre son fils en pension dans un collége, et de l'élever suivant sa condition et ses facultés, le tout sur l'usufruit des biens du père ».

Nous avons déjà remarqué que dans les principes du droit romain, la tutelle et l'Education sont deux choses tout-à-fait différentes, et que, pour avoir été privée par le juge ou s'être privée elle-même de la première, il ne s'ensuit pas de là que la mère remariée doive être dépouillée de la seconde. Raviot nous fait très bien sentir cette différence. « La tutelle, dit-il, *est munus virile*; les femmes en sont incapables, à l'exception de la mère et de l'aïeule des pupilles, auxquelles par privilége et par le nouveau droit, la tutelle pouvait être déférée, quoiqu'elles fussent en droit de la refuser : *auth. matri, C. quando mulier*. Mais l'Education a toujours pu être confiée aux femmes; et lorsqu'on dit que *tutor personæ datur, non causæ*, il ne s'ensuit pas que les tuteurs doivent être toujours les maîtres de l'Education. Cet axiome signifie que c'est au tuteur à défendre le pupille dans les actions personnelles, et qu'il doit agir de même en son nom, *nomine tutorio*; c'est le tuteur qui le représente, et qui doit ester pour lui en jugement; mais la mère

Digitized by Google

quoique non tutrice, quoiqu'elle ait refusé de l'être, n'est pas moins en droit de soutenir que ses enfans doivent demeurer avec elle, et que leur Éducation lui doit être confiée ».

La jurisprudence des arrêts était, avant le Code Napoléon, conforme à ces principes.

Témoins et l'arrêt du parlement de Dijon, du 26 mars 1675, et celui du parlement de Toulouse, concernant l'Education du jeune d'Ambres, et celui du parlement de Rennes, du 9 octobre 1563, dont les espèces sont rapportées ci-dessus.

Témoin encore l'arrêt du parlement de Dijon, du 27 janvier 1701, que Baviot a fait rendre, et dont il nous rappelle les circonstances en ces termes :

« Le sieur Carel, oncle paternel et tuteur des pupilles, qui étaient deux filles, les avait prises chez lui; sa demeure était en Bugey : leur mère qui avait refusé la tutelle, était allée à Lyon y fixer son séjour; elle fit une instance pour être dit que ses enfans lui seraient remis entre les mains, et que le tuteur lui fournirait une pension et leur entretien. Le lieutenant au bailliage de Belley ordonna que les deux filles seraient remises à la mère dans trois jours, et que le tuteur paierait leur pension. Ce tuteur fut condamné en la moitié des dépens. Il appela, et demandait une assemblée de parens pour délibérer sur ce qui convenait aux pupilles; mais malgré ses remontrances, et tout ce qu'il put dire pour montrer que la mère ne pouvait donner à ses deux filles une bonne Education; la cour confirma la sentence ».

Denizart, au mot *Education*, rapporte un arrêt du parlement de Paris qui est fondé sur le même principe: Voici ses termes :

» Par arrêt du 14 décembre 1729, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Chauvelin, l'Éducation des enfans d'un premier lit de la dame d'Imberville a été ôtée à l'oncle paternel de ces enfans, qui était leur tuteur, et cela parceque le tuteur septuagénaire et maladif avait une femme qui faisait profession de la religion prétendue réformée; la cour a accordé le soin de l'Education de ses enfans à leur mère catholique à laquelle on avait ôté la tutelle, parcequ'elle avait épousé un roturier après la mort de son premier mari, père des mineurs; mais la tutelle ne fut point pour cela rendue à la mère, la cour la conserva au contraire à l'oncle par l'arrêt ».

M. Winantz, §. 149, nous retrace un arrêt du conseil de Brabant, du 24 avril 1711, qui juge pareillement que quoique la mère perde en se remariant, la tutelle de ses enfans mineurs, on ne doit pas pour cela la priver de leur Education, à moins que les circonstances n'obligent d'en décider autrement: *Hac in causâ*, dit ce magistrat, *senatus commissarios duos deputavit qui inquirerent quâ ætate, quâ instructione egerent liberi, quid utilitati eorum conveniret, quæ lites et processus essent inter matrem et liberos, quæ causa querelæ contra matrem; ut auditâ commissariorum relatione, officio prætoris fungens, partes suas ad rationis et exigentiæ normam interponere posset, patruis aut matri Educationem adscribendo, aut etiam aliàs ubi liberi morarentur, educarentur, instruerentur, præscribendo. — Igitur inter arbitrarias planè causas hanc censuit senatus, nec juri Romano apud nos planè et absolutè locum esse, ut putà quod usu quotidiano et omnibus notâ experientiâ constaret binubo aut binubæ non auferri liberorum prioris sui thori Educationem.*

Voilà pour l'ancien droit. Sous le Code Napoléon, de deux choses l'une : on la mère, avant de se remarier, a convoqué un conseil de famille pour décider si elle conserverait la tutelle, ou elle ne l'a point fait. Au premier cas, le conseil de famille est maître de lui conserver la tutelle, et par conséquent l'Education de ses enfans. Au second, elle perd de plein droit la tutelle, et par conséquent le pouvoir que l'art. 450 attache à la qualité de tuteur, de *prendre soin de la personne des enfans mineurs.*

Il paraît, cependant, que dans l'un et l'autre cas, le conseil de famille pourrait laisser l'Education des enfans à la mère remariée. Le Code Napoléon ne le dit pas précisément, mais il ne dit pas non plus le contraire.

V. Lorsque le père et la mère des pupilles sont morts, il faut distinguer s'il leur reste des ascendans ultérieurs, ou s'ils n'ont que des parens collatéraux.

Au premier cas, c'est aux ascendans, c'est-à-dire, aux aïeux et aïeules que leur tutelle, et par conséquent leur Education, doit être confiée.

Un arrêt du parlement de Provence, du 23 mars 1669, rapporte par Boniface, tom. 2, part. 3, p. 217, a jugé que l'aïeul paternel qui avait ses petits-enfans en sa puissance, devait, en cette matière, être préféré à l'aïeule maternelle et à tous les autres parens du côté de la mère. C'était le cas de la règle *si vinco vincentem te, à fortiori te vinco:* car on a vu plus haut que dans les pays de droit écrit, la mère elle-même ne pouvait pas prétendre à l'Education de ses enfans au préjudice de l'aïeul paternel sous la puissance duquel ils se trouvaient. Et l'on devrait encore juger de même aujourd'hui, par la raison que, suivant l'art. 402 du Code civil, l'aïeul du côté du père exclut de la tutelle l'aïeul du côté de la mère.

Cette maxime n'a pourtant pas toujours été sans exceptions. Un père avait contesté l'état de son fils, sous prétexte que sa mère avait été convaincue d'adultère, et condamnée à la réclusion : il avait même fallu un arrêt pour assurer à cet enfant la qualité de légitime. Le père mort, procès entre l'aïeul paternel et l'aïeule maternelle pour l'Education du petit-fils. Par arrêt du 28 février 1684, le parlement de Provence la donna à l'aïenle maternelle, sur le fondement que la maternité ne pouvant pas être révoquée en doute, il était bien sûr que celle-ci chérirait l'enfant comme son petit-fils,

Digitized by Google

au lieu que la paternité étant en soi plus que douteuse, et n'étant fondée que sur une présomption de la loi, il y avait tout lieu de craindre que l'aïeul paternel n'eût partagé les soupçons de son fils, et ne vît dans l'enfant dont il s'agissait, qu'un étranger et un intrus. (*Boniface, tom. 4, liv. 4, tit. 2, chap. 2.*)

Un autre arrêt de la même cour, du 19 février 1644, a déboute un bisaïeul de sa demande afin d'être chargé de l'Education de son arrière-petite-fille, et a ordonné qu'elle continuerait d'être élevée dans le couvent où son père et sa mère l'avaient placée avant leur mort; 1°. parcequ'il était âgé de 86 ans, et, par conséquent, peu propre à donner à cette jeune personne tous les soins convenables; 2°. parceqn'il était prouvé qu'il voulait la marier, elle qui était fort riche, au fils d'un autre de ses enfans qui était pauvre. (*Boniface, tome 1, liv. 4, tit. 2, chap. 1.*)

L'aïeul maternel n'avait pas, suivant les principes du droit romain, les mêmes prérogatives en cette matière que l'aïeul paternel. La loi 2, C. *ubi pupillus educari debeat*, met en question si c'est à l'aïeul maternel ou à l'oncle paternel que doit être confiée l'Education d'un pupille; et elle repond que c'est au juge à en décider, en examinant lequel des deux l'espérance de succéder rend plus suspect: *Qui magis ad suspicionem ex spe successionis propior sit æstimabitur.*

Un arrêt du parlement de Provence, du 7 août 1685, a confirmé un avis de parens qui avait deféré la tutelle à nn aïeul maternel, et l'Education à un oncle paternel. (*Boniface, tom. 4, liv. 4, tit. 1, chap. 7.*)

Mais aujourd'hui, au défaut de l'aïeul paternel, l'aïeul maternel est, de plein droit, tuteur de ses petits-enfans: il n'y a par conséquent aucun parent collatéral qui puisse lui disputer leur Education.

Remarquez au surplus que le droit des aïeux et des aïeules à l'Education de leurs petits-enfans, cesse dans le cas où il a été nomme un tuteur à ceux-ci par le dernier mourant du père et de la mère: cela résulte des art. 397 et 450 du Code Napoléon.

Lorsqu'un enfant mineur n'a ni tuteur nommé par le dernier mourant de son père et de sa mère, ni aïeul ou aïeule, le soin de son Education appartient au tuteur qui lui est nommé par le conseil de famille. Le dernier des articles cités du Code Napoléon ne permet là-dessus aucun doute.

C'est aussi ce qu'on jugeait régulièrement sous l'ancienne législation. — Un arrêt du parlement de Toulouse, rapporte sans date par Albert, au mot *Education*, chap. 4, a décidé que le frère d'un pupille ne pouvait exclure de son Education l'oncle paternel que le père lui avait donné pour tuteur.

Mais le juge pouvait alors, après avoir consulté les parens, separer l'Education de la tutelle.

Il pouvait même, en cette matière, s'écarter de la volonté expresse du père. *Et solet ex persona, ex conditione, et ex tempore statuere ubi potiùs alendus sit; et nonnunquàm à voluntate patris recedit prætor:* ce sont les termes de la loi 1, D. *ubi pupillus educari debeat.*

Un père avait ordonné, par son testament, que celui qu'il avait substitué pupillairement à son fils, serait chargé de son Education, *ut filius apud substitutum educetur.* L'empereur Sévère répondit qu'il ne fallait point en cela déférer à la volonté du père sans connaissance de cause: *Id enim agere prætorem oportet, ut sine ullâ malignâ suspicione alatur partus et educetur.* Ce sont encore les termes de la loi citée.

Une veuve Lempereur, de la ville de Marseille, avait, par son testament, déféré l'Education de ses trois filles à sa sœur, mariée et domiciliée à Aix. Un oncle paternel contesta cette disposition. On disait pour la tante maternelle, que puisqu'il avait été permis à la mère de nommer un tuteur à ses enfans, suivant la loi *mater, C. de testamentarid tuteld*, il ne pouvait y avoir aucun doute qu'elle n'eût également eu le pouvoir de régler à qui devait appartenir leur Education. L'oncle paternel répondait que de droit il devait être préféré à une tante maternelle, parceqn'il était censé avoir une prédilection particulière pour des enfans qui portaient son nom: que dans l'espèce, deux grandes raisons sollicitaient l'exclusion de la tante; la première qu'elle était sous l'autorité d'un mari, et qu'ainsi lui donner l'Education, ce serait en quelque sorte la confier à un étranger; la seconde, que pour exécuter la disposition de la mère, il faudrait transférer les enfans à Aix, et par conséquent les éloigner de leurs autres parens, qui par-là seraient privés de l'avantage de pouvoir veiller à leur Education. — Par arrêt du 11 avril 1647, confirmatif d'une sentence de lieutenant de Marseille, l'Education a été déférée à l'oncle paternel. (*Boniface, tome 1, liv. 4, tit. 2, chap. 4.*)

Dans des circonstances différentes, un arrêt du parlement de Dijon du mois d'août 1705, rapporté par Bannelier dans le supplément aux notes sur les arrêts de Perrier et les observations de Raviot, tome 1, page 10, « a confirmé (lui plaidant) le choix d'une collatérale nommée par le sieur de Montrambant, pour être gouvernante et avoir l'Education de ses enfans, contre le sieur Baudinot, tuteur, qui prétendait que l'Education lui appartenait ».

VI. Il reste une question commune à tous les cas que nous venons de parcourir. C'est de savoir par qui doivent être payés les frais des contestations qui s'élèvent entre les parens sur l'Education des mineurs.

Une sentence du juge d'Arles avait jugé en faveur d'un beau-père et d'un tuteur, que ces frais devaient être pris sur le bien des pupilles. Mais par arrêt du parlement d'Aix du 26 février 1657, cette sentence a été infirmée, et les pupilles ont été déchargés de la condamnation qu'elle avait prononcée contr'eux. « Le motif de l'arrêt (dit Boniface, tome

Digitized by Google

1, liv. 4, tit. 2, chap. 5), fut que les dépens n'avaient point été faits pour les affaires des pupilles, mais bien pour ceux du tuteur et du beau-père, auquel cas, suivant les lois du titre du Code *Si tutor vel curator intervenerit*, ces pupilles ne sont point tenus, ce qui est confirmé par Mornac; quoiqu'il eût été dit au contraire, que lesdites instances avaient été intentées par consultation d'avocats ».

§. II. *De l'Education des enfans naturels.*

Avant la loi du 12 brumaire an 2, comme aujourd'hui, le père d'un enfant naturel était obligé de lui fournir des alimens. Mais cette règle avait alors, dans son application, plus de latitude qu'elle n'en a maintenant: elle s'appliquait à celui qui était *jugé* père, comme à celui qui se reconnaissait tel; et c'est ce que la législation actuelle n'admet plus. *V. Bâtard*, sect. 2; et *Filiation*.

Du reste, la législation ancienne et la législation actuelle sont également muettes sur le point de savoir à qui du père et de la mère doit être, de préférence, confiée l'Education d'un enfant naturel, et dans quel cas ils ne doivent ni l'un ni l'autre en être chargés.

Mais voyons comment, à défaut de loi, cette question était jugée par les anciens tribunaux.

I. *Parlement de Paris.* Robert, *rerum judicatarum*, liv. 1, chap. 9, rapporte un arrêt de cette cour, du 7 octobre 1591, qui juge qu'après le décès du père naturel, la mère doit être preferée à ses héritiers, pour élever l'enfant avec la pension qu'ils sont obligés de lui fournir, et en conséquence ordonne qu'il lui sera remis jusqu'à l'âge de dix ans, sauf aux parens à s'assembler alors afin de pourvoir à son Education pour l'avenir.

En 1760, on a plaidé au châtelet la question de savoir à qui, d'un père adultérin ou de la mère naturelle, l'Education de deux enfans devait être confiée. Par sentence du 20 août de la même année, le père qui était domicilié en Amérique, et la mère qui avait précédemment vécu avec d'autres hommes, ont été jugés également indignes de cette Education. Il a été ordonné que le garçon, âgé de quatre ans, serait placé dans un collége ou dans une pension; et que la fille qui avait été mise en nourrice par la mère, y resterait, jusqu'à ce qu'elle fût en âge d'être placée dans une communauté. Cette sentence fut confirmée par arrêt du 10 mars 1761; mais aucune des parties n'en avait appelé quant au chef qui concernait l'Education. Le père se plaignait seulement de ce qu'on l'avait obligé de donner caution pour la sûreté des deux pensions; et comme son domicile en Amérique en eût rendu le recouvrement très difficile, l'appellation fut mise purement et simplement au néant.

En 1775, la demoiselle Martin poursuivit le nommé Marsanges pour le faire condamner à lui payer la pension de l'enfant naturel qu'elle venait de mettre au monde et dont il était le père. Marsanges demanda que l'enfant lui fût remis, *afin qu'il le fît nourrir et élever*. Voici comment s'est expliqué sur ce point le défenseur de la demoiselle Martin. — « En parcourant les arrêts rendus sur la question de savoir à qui du père ou de la mère, l'Education du bâtard doit être confiée, on voit que cette confiance est plus généralement accordée à la mère, soit en conséquence de la règle établie par les lois romaines, qui voulaient que le bâtard fût de la même condition que la mère, libre, si elle était libre, et esclave, si elle était esclave; soit parcequ'on a cru que la faiblesse de l'enfance était plus en sûreté sous la sollicitude maternelle. — Cependant, comme l'intérêt de l'enfant est le seul guide qui doit éclairer sur ce choix, on remarque que la justice le confie à celui du père ou de la mère dont les entrailles annoncent le plus d'attachement. - La conduite du sieur Marsanges va nous apprendre ce qu'on doit attendre de sa tendresse pour son fils: et celle de la demoiselle Martin fera voir combien il serait cruel d'arracher son enfant de ses bras. — Peu de jours après l'accouchement, il présenta une requête par laquelle il demanda qu'on lui remît l'enfant, et que les registres de la paroisse fussent reformés, en ce que son fils avait été baptisé sous son nom, *ne voulant pas*, disait-il, *qu'il existe aucune preuve qu'il a un enfant naturel; et il en donne la raison: c'est que cela lui ferait un grand tort dans son établissement et dans sa fortune.* — Mais s'il ne voulait pas qu'il existât aucune preuve qu'il avait un fils naturel, en demandant qu'on le lui livrât, il voulait donc le supprimer, comme il voulait, sur les registres baptistaires, supprimer le titre de sa naissance. Car enfin, s'il l'eût gardé chez lui, ou qu'il l'eût placé dans tout autre endroit qu'à l'hôpital des Enfans-trouvés, cet enfant aurait été, tant qu'il aurait vécu, un monument toujours existant de la paternité que le sieur Marsanges croyait avoir tant d'intérêt à cacher. — Quelle est, au contraire, la conduite de la demoiselle Martin? La tendresse maternelle a fait disparaître à ses yeux la tache que la naissance de son fils imprimait sur son honneur. Le cri de ses entrailles l'a rendue sourde à toute autre considération. Elle lui a présenté son sein aussitôt qu'il a vu le jour; et loin de consentir qu'on le mît aux Enfans-trouvés, dans ce gouffre où se perdent les origines, où se rompent tous les liens du sang, où s'anéantissent tous les droits de cité, elle ne voulut pas seulement en charger une nourrice étrangère qui l'aura t élevé sous ses yeux, elle ne voulut s'en rapporter qu'à la tendresse maternelle; elle l'allaita elle-même, et s'est acquittée, jusqu'à ce moment, de ce devoir imposé aux mères par la nature. — D'après un contraste aussi frappant entre la conduite du père et celle de la mère, il ne faut point de réflexions, il ne faut point de raisonnemens, pour établir auquel des deux la vie et l'Education de l'enfant doivent être confiées ». — Par arrêt rendu à la chambre des vacations, le 14 octobre 1775, la demoiselle Martin fut autorisée à garder

Digitized by Google

son enfant, le nourrir et l'élever jusqu'à l'âge de sept ans; après lequel âge accompli, il passerait à la charge du père; et celui-ci fut condamné à payer à la demoiselle Martin 200 liv. de pension pour l'enfant, pendant chacune des deux premières années, et 300 liv. pour chacune des cinq autres; le tout de quartier en quartier et d'avance.

Voici l'espèce d'un autre arrêt intervenu sur cette matière au parlement de Paris. — La demoiselle M.... ayant donné le jour à un enfant naturel dont N.. l'avait rendue mère, s'est pourvue contre celui-ci en déclaration de paternité, et a conclu à *ce qu'il fût chargé de l'enfant*. — N... a nié qu'il eût jamais eu le moindre commerce avec la demoiselle M...., et néanmoins il a offert *de se charger de l'enfant par humanité*. — Dans la suite, la demoiselle M.... qui avait des preuves écrites et évidentes de la paternité de N..., a demandé que l'Education de cet enfant lui fût confiée.—N... a prétendu qu'elle n'était en cela, ni recevable, ni fondée. — « Elle n'est pas recevable (disait-il), parceque sa demande introductive, d'une part, et mes offres, conformes à cette demande, de l'autre part, ont formé le contrat judiciaire qu'il n'est plus au pouvoir de l'une des parties de briser sans le consentement de son adversaire. — Elle n'est pas fondée, parceque les plus fortes raisons se réunissent en faveur de N..., qui demande à se charger de l'enfant: puisque c'est lui qui, par humanité, fournit aux frais de l'Education et de l'entretien, il est juste de lui donner la satisfaction de posséder l'enfant; on n'a que trop souvent vu des mères, dont la prétention n'avait pour objet que de se procurer un revenu annuel dont elles s'appliquaient le bénéfice, au risque de laisser l'enfant dans le besoin; c'est ce qui est d'autant plus à craindre, que la fille M.... est dans l'indigence. — Qu'on ne dise pas qu'une mère a une affection plus grande pour son enfant. Un intérêt plus fort et plus réel, doit écarter cette présomption. — La fille M... ayant fait preuve d'inconduite, elle doit donner de justes alarmes pour les mœurs et l'éducation de sa fille; elle peut, d'ailleurs, se marier, et ce changement d'état ne pourrait être que préjudiciable à l'intérêt de l'enfant, n'étant pas à présumer qu'un mari souffre, dans sa maison, un témoignage vivant de l'incontinence de sa femme. — Qu'on ne dise pas, non plus, qu'il faut bien éviter de confier la garde d'un enfant à celui qui aurait intérêt de le voir périr. — On n'a pas à craindre cet inconvénient de la part de N..., lui qui aurait pu se dispenser de se charger de cet enfant, qui aurait pu du moins combattre pour éviter cette charge, et qui, au lieu de tout cela, l'a demandé: il a montré trop d'humanité, trop de générosité, pour qu'on puisse avoir des craintes sur le sort de cet enfant ». — Ces moyens n'ont fait aucune impression sur les juges. Par arrêt du parlement de Paris, du 25 février 1783, N... a été condamné à se charger de la pension et entretien de la fille naturelle; et il a été dit qu'elle resterait entre les mains de la mère, à laquelle N... paierait 300 livres de pension par année, jusqu'à l'âge de sept ans, sauf à augmenter.

Le dernier arrêt rendu au parlement de Paris sur notre question, l'a été dans une espèce très simple.

Le sieur Perceval de La Malliardière et la demoiselle de Prince, tous deux fixés à Amboise, vivaient dans la plus grande union. Ils étaient tous deux parvenus à l'âge de trente ans, lorsque la seconde devint enceinte. — Le 27 mai 1784, la demoiselle de Prince a mis au monde un fils qu'elle a fait baptiser sous le nom de Perceval, son père. — Ne voulant point le confier à des mains mercenaires, elle l'a elle-même allaité pendant quelque temps; mais sa santé épuisée par les chagrins, lui ayant ôté les forces et la subsistance, elle a pris auprès d'elle, dans la maison de sa mère, une nourrice qui l'a allaité sous ses yeux, et a continué de le soigner avec elle. Puis, après avoir fait nommer un curateur à son fils, une assignation a été donnée devant les juges d'Amboise, au sieur Perceval, pour le voir condamner à 600 liv. de pension annuelle pour la nourriture, l'entretien et les soins extraordinaires nécessaires à cet enfant, à compter du jour de sa naissance. — Le 27 août 1784, sentence conforme aux demandes de la demoiselle de Prince. — Le sieur Perceval en a interjeté appel: il a conclu à ce que l'enfant lui fût remis, et il a offert pour le passé douze livres par mois. — « Des réflexions fort simples (disait la demoiselle de Prince) suffiront pour démontrer l'extravagance de cet appel. — C'est un principe général que l'*Education des enfans naturels appartient à la mère à l'exclusion du père*. (Ferrières, *Traité des tutelles*, p. 24.) — Et l'on peut dire que cela est fondé sur la véritable connaissance du cœur humain, sur les principes de la raison naturelle, et sur la disposition des lois romaines. — Dans les principes du droit naturel, les bâtards suivent l'état et la condition de leur mère. — Dans les principes du droit romain, il donne à la mère la tutelle de ses enfans naturels, comme celle de ses enfans légitimes. — Et quand on descend dans le cœur humain, est-il de tendresse et d'affection qui soient et plus vives et plus fortes que celles de la mère? — Qui pourra donc me remplacer auprès de mon enfant? sont-ce des mercenaires? ils n'y verront qu'un vil et sordide intérêt, et sa vie sera à la merci du plus offrant. Est-ce Perceval père? Des sentimens peu dignes de lui, l'aveuglent en ce moment: il ne verra dans cet enfant qu'un sujet de haine et de colère, que ce triste procès prouve trop être empreintes dans son cœur. — Le sieur Perceval fils pourrait seul, en voyant cet enfant, être saisi d'émotion, et courir se jeter dans les bras d'une fille honnête qui lui donna ce qu'elle avait de plus cher: mais reponsse par les sentimens et l'empire de son père, il serait obligé de fuir et d'abandonner cet enfant aux mains étrangères qui voudront s'en emparer. — Je conclurai donc toujours, qu'un dépôt si précieux ne peut être confié à nul autre qu'à moi; et, après avoir parlé aux magistrats le langage des lois, je les supplierai d'écouter la voix de la nature et de

Digitized by Google

l'humanité, qui s'accorde si bien avec les lois ». — Par arrêt du 3 septembre 1785, rendu sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, la sentence a été confirmée avec amende et dépens; et il a été ordonné que l'enfant resterait entre les mains de la mère.

II. *Parlement de Toulouse.* Le 28 juillet 1692, un arrêt de cette cour, s'écartant de la règle la plus générale établie par ceux du parlement de Paris qu'on vient de citer, ordonna que le nommé Vaque serait préféré, pour l'Éducation de sa fille naturelle, à la mère qui la réclamait, si mieux n'aimait celle-ci nourrir cet enfant à cinq livres par mois. — La mère attaqua cet arrêt par requête civile; et comme alors on jugeait à la fois le rescindant et le rescisaire, il intervint, le 10 mars 1693, un nouvel arrêt qui, en rétractant le premier, ordonna, nonobstant l'offre du père de faire élever la fille dans un couvent de religieuses, qu'elle demeurerait jusqu'à sept ans avec la mère.

En 1775, la demoiselle Bosc mit au monde une fille, dont le sieur Bonnecarrère se reconnut le père. Quelques années après, celui-ci la rendit de nouveau enceinte; et elle accoucha, en 1779, d'un second enfant, qui ne vécut que quatre mois. — Malgré ce double gage de l'amour de la demoiselle Bosc, le sieur Bonnecarrère lui fut infidèle : il en épousa une autre; et, par ce moyen, la réduisit à solliciter des dommages-intérêts, avec des alimens pour sa fille. — Le 6 mai 1780, le sénéchal de Pamiers rendit une sentence qui, entre autres dispositions, condamna le sieur Bonnecarrère à placer, dans six mois, la somme de 3,000 liv., dont les intérêts serviraient aux alimens de la fille née en 1775, jusqu'à son établissement, lors duquel la somme lui appartiendrait; et la mère en fut chargée jusqu'à sa puberté. — Sur l'appel, la demoiselle Bosc demandait, entre autres choses, une pension annuelle de 200 liv. pour son enfant. — « Il faut, disait-elle, fixer son sort et lui assurer l'avenir. — Le sieur Bonnecarrère lui doit des alimens et un établissement, il en convient. Se récrierait-il sur la somme de 200 liv. pour l'entretien de sa fille, jusqu'à ce que le temps de l'établir soit venu ? — Le prix qui aura été fixé pour la nourriture et l'entretien de l'enfant, doit déterminer quelle somme capitale lui est due pour son établissement; et la somme de 4,000 liv. se trouve fixée par cela seul que le sieur Bonnecarrère doit être condamné à payer 200 liv. pour l'entretien annuel de son enfant. — La demoiselle Bosc (ajoutait-on) a encore droit d'exiger qu'on lui laisse le soin de cet enfant de six ans, jusqu'à l'âge où il ne sera plus dans d'autre dépendance que celle des lois, de sa reconnaissance et de son affection. — Sa situation malheureuse ne lui permet d'autre distraction que celle qu'exigera l'Éducation de sa fille. C'est là désormais son occupation unique, sa seule consolation : cet intérêt seul peut remplacer l'intérêt trop vif qui, si long-temps, a rempli son ame. Cette tendresse si naturelle d'une mère pour sa fille, a été fortifiée par l'habitude et par l'espérance qu'elle a déjà que ses soins ne seront pas perdus. — Pourquoi son père la reclamerait-il ? Quel motif si puissant pourrait-il avoir de l'enlever à la demoiselle Bosc? Elle ne peut être mieux nulle part qu'avec sa mère; les soins qu'elle en a pris, en répondent ». — Par arrêt du 28 mai 1781, le parlement de Toulouse a condamné le sieur Bonnecarrère à rembourser à la demoiselle Bosc le montant de la nourriture des enfans, à raison de neuf livres par mois, et à placer 4,000 liv. pour l'établissement de la fille vivante; il a en même temps ordonné que cette fille *resterait sous la direction de sa mère.*

III. *Parlement de Grenoble.* Le 16 janvier 1783, cette cour a rendu, sur la matière qui nous occupe ici, un arrêt remarquable, et qui approche beaucoup du dernier de ceux dont nous venons de rendre compte. Les parties étaient la demoiselle S... et le sieur M..... Deux questions étaient principalement agitées dans cette cause : 1°. Une fille majeure qui, successivement, a eu trois enfans du même homme, peut-elle prétendre à la restitution des alimens qu'elle leur a fournis? 2°. Doit-elle être préférée pour leur Éducation future, quand le père a contracté des engagemens légitimes? — Par arrêt rendu à la grand'chambre, le 16 janvier 1783, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Colaud de La Salcette, le parlement de Grenoble a condamné le sieur M..... à rembourser à la demoiselle S... les alimens qu'elle avait fournis à leurs enfans communs; a ordonné que ces enfans continueraient de rester entre les mains de la demoiselle S..., et que M..... lui paierait une pension de 80 liv. pour chacun, jusqu'à ce qu'ils fussent en âge d'apprendre un métier, auquel temps le sieur M..... serait tenu d'y pourvoir.

IV. *Parlement d'Aix.* Le 30 avril 1667 (dit Boniface, tome 2, liv. 3, tit. 7, chap. 4), s'est présentée la question si la mère d'un enfant naturel qui devait le jour à une espèce de rapt, « était bien fondée d'en demander l'Éducation, sur le fondement que le père le maltraitait, et que dans la maison il y avait d'autres frères du père, son père et sa mère, qui n'en avaient pas le soin requis ». La mère s'appuyait sur l'arrêt du parlement de Paris, rapporté ci-dessus d'après Robert; et elle disait que la contestation était déjà décidée en sa faveur par deux arrêts rendus, à la vérité, sur requête, mais le père oui. Par arrêt du même jour, il a été ordonné que ces deux arrêts seraient exécutés; et qu'en conséquence, la mère aurait l'Éducation de l'enfant, jusqu'à ce qu'il eût atteint l'âge de douze ans.

La même question s'est représentée le 9 mars 1675, dans des circonstances singulières. Une veuve, nommée Magdelaine Berne, après avoir eu plusieurs enfans de Nicolas Deidier, avait intenté contre lui une plainte en rapt, s'en était désistée, l'avait reprise en vertu de lettres royaux, et pendant le cours de l'instruction, avait donné à Nicolas Deidier un coup de couteau, pour peine duquel elle avait été bannie de la ville de Marseille. Le même

Digitized by Google

arrêt qui avait prononcé cette condamnation, l'avait débontée de sa demande en rescision du désistement de sa plainte en rapt. Dans cette position, elle présenta requête pour faire condamner Antoine Deidier à lui payer la pension de son fils naturel, *dont elle s'était saisie*, disait-elle, *par les mauvais traitemens qu'il recevait de son père.* — La cause portée à l'audience, Deidier offrait de nourrir son fils dans sa maison, et soutenait qu'il devait lui être rendu. — On répondait pour Magdelaine Berne, dit Boniface (tome 4, liv. 4, tit. 1, chap. 10), que la jurisprudence préférait la mère au père pour l'Education des enfans naturels. « La cour (ajoutait-on), en a rendu divers arrêts; celui de Reichieres contre le sieur d'Antonelles, qui donna l'Education de l'enfant bâtard à la mère jusques à l'âge de quatorze ans; celui de Gastinelle contre Arquiers de Lambeecq, qui la lui donna jusqu'à l'âge de dix ans; celui de Luce Grasse contre Isnard, jusqu'à l'âge de douze. » — Par arrêt du 9 mars 1675, « la cour ayant aucunement égard à la requête de la mère, sans avoir égard à celle du père, donna l'Education d'Antoine Deidier fils à la mère, condamna Deidier père de payer 100 livres pour les alimens jusqu'à l'âge de huit ans, et 150 livres depuis les huit ans jusqu'à quatorze, et après à lui donner un métier ».

Autre arrêt du 22 juin 1699. Louis de Monchenu, encore mineur, a épousé clandestinement Marguerite Peloux, âgée de trente-un ans. Le père et la mère de Louis de Monchenu ont rendu plainte en rapt contre celle-ci. Par arrêt du parlement de Grenoble, du 1er juillet 1682, elle a été déclarée atteinte et convaincue du crime de rapt de seduction, le mariage a été déclaré nul, et il a été fait défenses aux parties de se hanter ni fréquenter. — Le 9 juillet 1691, Louis de Monchenu et Marguerite Peloux ont passé devant notaires un acte, par lequel ils ont déclaré ratifier leur mariage. — Dans la suite, Louis de Monchenu a pris des lettres de rescision contre cet acte; et l'affaire ayant été renvoyée par arrêt du conseil au parlement de Provence, Marguerite Peloux a présenté requête pour faire condamner Monchenu à réhabiliter le mariage. — La cause plaidée contradictoirement, arrêt sur les conclusions de M. l'avocat général Cymon, qui, après avoir entériné les lettres de rescision obtenues par Monchenu contre l'acte du 9 juillet 1691, et débouté Marguerite Peloux de sa demande en réhabilitation, a prononcé en ces termes relativement au fils né de leur cohabitation : « Pourvoyant à son entretien, condamne ledit Louis de Monchenu à la somme de 15,000 livres envers lui, dont il se dessaisira lorsqu'il aura atteint l'âge de vingt-cinq ans; et jusqu'alors de lui fournir, par forme d'alimens, la somme de 600 livres annuellement, payable de six mois en six mois, et par avance; et ayant acquitté la somme de 15,000 livres, ladite pension cessera; *et cependant l'enfant restera sous l'Education de ladite Peloux sa mère* ». — Cet arrêt est rapporté dans le Recueil du président de Boscus.

V. *Parlement de Douai.* La demoiselle L..... était accouchée d'un enfant naturel à qui le sieur C..... fils avait donné l'être, s'est pourvue contre le sieur C.... père, à l'effet d'obtenir des alimens pour son enfant. Le sieur C..... père a offert de s'en charger. La demoiselle L..... de son côté, a prétendu que c'était à elle à nourrir son fils. Par sentence du 23 décembre 1704, les juges de Lille ont ordonné que l'enfant resterait pendant un an chez la demoiselle L..... à qui il serait payé à cet effet une somme de 125 livres; et que ce temps passé, il serait remis à C..... suivant ses offres. C..... a appelé de cette sentence. Par arrêt du 9 janvier 1706, la pension a été reduite à 75 livres; mais la disposition qui permettait à la demoiselle L... de nourrir elle-même son enfant pendant une année, a subsisté. — Il est à remarquer que celle-ci n'était pas appelante, et qu'elle consentait, en cause d'appel, de remettre l'enfant à C... père, après le terme fixe par la sentence.

VI. *Conseil de Brabant.* Il existait dans l'ancien ressort de ce tribunal, deux coutumes qui renfermaient sur notre objet, des dispositions assez singulières; c'étaient celle de Louvain, tit. 16, art. 8, 9 et 10; et celle de Malines, tit. 18, art. 8. — Elles portaient que si le père et la mère étaient encore célibataires, l'enfant, soit garçon ou fille, serait élevé, la première année, chez la mère et à ses frais; que la deuxième année, il le serait chez le père et aux frais de celui-ci; que l'alternat continuerait de même les années suivantes; que si l'un d'eux venait à se marier, il serait tenu de fournir seul aux frais de l'Education de l'enfant; qu'au surplus, l'Education devait être déférée à la mère seule, si elle voulait bien en faire tous les frais, à l'entière décharge du père, mais non autrement; et qu'en ce cas même, le père pourrait lui faire ôter l'Education, s'il en rapportait des causes légitimes.

Ces dispositions ont donné lieu, dans la coutume de Louvain, à un procès dont M. Wynantz, §. 151, nous a conservé l'espèce et le jugement.

Un particulier avait fait l'offre de retirer dans sa maison et d'y élever à ses frais, un enfant naturel qu'il avait eu d'une femme non mariée. — La mère, de son côté, avait soutenu que cet enfant devait être élevé chez elle aux frais du père, par la raison que celui-ci venait d'épouser une veuve chargée de plusieurs enfans de son premier lit; ce qui donnait lieu de craindre, suivant elle, que son fils ne fût négligé et maltraité. — Le magistrat de Louvain, sans avoir égard à l'offre du père, l'avait condamné à payer à la mère la pension de l'enfant, à raison de 36 florins par année, jusqu'à ce qu'il fût en état de gagner sa vie. — Appel au conseil de Brabant. — La mère invoquait à l'appui de la sentence attaquée, l'opinion de Christin sur l'art. 8 du tit. 18 de la coutume de Malines. — Le père répondait que Christin, et après lui le magistrat de Louvain, s'étaient élevés contre la disposition textuelle de la coutume. — Par arrêt du 2 septembre 1712, le conseil de Brabant, *legum et statutum observantior*, infirma la sentence, et condamna la mère à laisser au père l'Education de l'enfant, si mieux

Digitized by Google

nent pas cette énonciation ; d'où il suit que le sieur D. n'a pas rempli le vœu du jugement arbitral ; la cour (d'appel de Paris) met l'appellation au néant, condamne le sieur D. à l'amende et aux dépens de la cause d'appel ».

Le sieur D. se pourvoit en cassation, et soutient qu'en jugeant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'arrêt du conseil qu'elle a pris pour base de sa décision, et contrevenu à celle des dispositions du jugement arbitral, qui lui laissait l'alternative d'établir sa preuve ou sur les *bordereaux et comptes*, ou sur les *livres et registres de l'agent de change*.

Le 17 mars 1807, arrêt au rapport de M. Genevois, par lequel,

« Attendu que la cour d'appel, en décidant que les pièces représentées par D., ne remplissaient pas le vœu du jugement arbitral rendu entre les parties, a jugé une pure question de fait qui ne saurait donner ouverture à cassation ;

« Attendu que s'il était permis de discuter de nouveau, dans une instance en cassation, la question souverainement décidée par la sentence arbitrale dont il s'agit, il serait aisé de démontrer que l'arrêt de la cour d'appel de Paris, dont le dispositif ne fait qu'ordonner l'exécution de cette sentence, n'a point contrevenu aux dispositions de l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724, et qu'il n'a pas violé davantage l'autorité de la chose jugée par le jugement arbitral.

» Ces deux moyens de cassation invoqués contre l'arrêt de Paris, n'ont en effet pour toute base qu'une équivoque sur le sens qu'il faut donner à ces mots employés dans l'art. 26 du règlement de 1724 : *ils* (les agens de change) *tiendront chacun un registre journal, qui sera coté, etc..... sans y enregistrer aucuns noms.*

» Mais pour se convaincre de la fausse interprétation que le demandeur veut donner à ces mots, *sans y enregistrer aucuns noms*, et en même temps de la futilité des moyens de cassation qu'il en fait résulter, il suffit de rapprocher les motifs de l'arrêt attaqué, des dispositions du règlement du 24 septembre 1724.

» La cour d'appel a considéré que *par jugement arbitral du 27 février dernier, rendu en dernier ressort, il est décidé que D..... doit rapporter la preuve par bordereaux et comptes de l'agent de change, ou résultant des livres et registres dudit agent de change chargé de la négociation, que par le résultat de cette négociation, la somme de 15,000 livres a été absorbée ; que d'après les dispositions de l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724, portant établissement d'une bourse à Paris, et par l'usage invariablement observé, les bordereaux, soit d'achat, soit de vente, qui, aux termes du jugement des arbitres, sont exigés comme pièces justificatives du compte de l'agent de change, doivent essentiellement contenir, non seulement le nom de l'agent de change, acheteur ou vendeur, mais encore le nom de celui duquel on a acheté ou auquel on a vendu ; afin, comme le dit l'arrêt du conseil, que le registre de l'un serve de renseignement ou de contrôle à l'autre ; que les pièces représentées par D. sous le titre de bordereaux, ne contiennent point cette énonciation ; d'où il suit que ledit D. n'a pas rempli le vœu du jugement arbitral.*

» Ainsi, la cour d'appel aurait exigé, pour la régularité des bordereaux, et pour qu'ils fussent reputés pièces justificatives, à la décharge du sieur D., qu'ils continssent essentiellement les noms des agens de change respectifs, qui, entre eux, avaient consommé la négociation : et c'est en cela que consiste la prétendue contravention au règlement de 1724, parceque ce règlement dans le système du demandeur, bien loin d'imposer l'obligation d'énoncer les *noms* dans les bordereaux, aurait au contraire expressément défendu aux agens de change *d'enregistrer aucuns noms*, dans leur livre journal.

» La difficulté se réduit donc à examiner, à fixer le véritable sens de ces mots du règlement : *sans y enregistrer aucuns noms.*

» L'art. 26 où ils sont écrits, a pour objet de prescrire aux agens de change, la tenue d'un registre journal, dans lequel ils doivent noter exactement les lettres de change et autres pièces commerçables, qui seront par eux négociées : ces papiers ne doivent pas être désignés par les noms de ceux qui les auront confiés à l'agent de change, mais par une suite de numéros ; et l'agent de change est tenu de délivrer à ceux qui l'auront employé, un certificat *signé de lui*, de chaque négociation qu'il aura faite, portant le même numéro du registre, ainsi que le timbre du folio, sous lequel la negociation aura été enregistrée.

» Déjà, il est aisé de concevoir que la défense *d'enregistrer aucuns noms*, se trouvant placée à côté de semblables détails, cette defense ne concerne et n'intéresse que les particuliers qui ont confié leurs fonds aux agens de change, et non les agens de change eux-mêmes, vis-à-vis desquels cette défense eut été vraiment derisoire, puisqu'étant obligés de signer le certificat qu'ils doivent délivrer aux particuliers, leurs noms ne peuvent demeurer ignorés.

» Mais il devient ensuite de toute évidence que c'est ainsi qu'il faut entendre cette disposition de l'article 26, lorsqu'on le rapproche du 36e où il est dit *que les agens de change ne pourront nommer, dans aucun cas, les personnes qu'ils auront chargés de négociations, auxquelles ils seront tenus de garder un secret inviolable.*

» Toutes ces dispositions, comme l'on voit, sont corrélatives ; et la défense *d'inscrire les noms* sur le livre journal, était une suite manifeste et nécessaire de l'obligation de garder un secret inviolable, à ceux qui font des marchés à la bourse, par le ministère des agens de change ; mais il n'y a dans le règlement de 1724 aucun mot, aucune phrase, d'où l'on puisse raisonnablement conclure, que les noms des agens de change eux-mêmes doivent être tenus secrets, de même que les noms des par-

Digitized by Google

ticuliers pour lesquels ils négocient. Une semblable disposition, dans l'arrêt du conseil, eût été absurde et contraire au but que s'était proposé le législateur : aussi n'y voit-on rien de semblable ; bien loin de là, il résulte des art. 30 et 31, que les noms des agens de change doivent être *connus*, soit pour se rendre compte entre eux de leurs opérations, soit pour en rendre compte aux particuliers qui les ont employés.

» *Lorsque deux agens de change*, porte l'art. 30, *seront d'accord à la bourse, d'une négociation, ils se donneront réciproquement leurs billets..., afin que l'un serve de renseignement et de contrôle à l'autre.*

» L'art. 31 dispose ensuite : *Les agens de change seront pareillement tenus, en consommant leurs négociations avec ceux qui les auront employés, de leur représenter le billet, au dos duquel sera l'acquit de l'agent de change avec qui la négociation aura été faite, et de rapporter dans le certificat qu'ils en délivreront, conformément à l'art. 26, le nom dudit agent de change.*

» Il suit de là que la cour d'appel a très bien motivé son arrêt lorsqu'elle a dit : *que d'après les dispositions du règlement de 1724, les bordereaux, soit d'achat, soit de vente, exigés par la sentence arbitrale, comme pièces justificatives, doivent essentiellement contenir, non seulement le nom de l'agent de change, acheteur ou vendeur, mais encore le nom de celui duquel on a acheté ou auquel on a vendu, afin, comme dit l'arrêt du conseil, que le registre de l'un serve de renseignement ou de contrôle à l'autre....*

» Et ce motif n'étant que la copie, en quelque sorte, des dispositions de l'arrêt du conseil, il est impossible d'y trouver ni contravention, ni ouverture de cassation, sous ce premier rapport.

» Attendu, en ce qui concerne le moyen tiré de la violation de la chose jugée, que cette violation ne pourrait exister dans l'espèce, qu'au cas où il serait démontré que la cour d'appel aurait exigé, pour la libération du sieur D., des pièces essentiellement différentes des pièces exigées par la sentence arbitrale :

» Cependant quelle est, sur ce point, la décision des arbitres? Ils commencent par établir *que les renseignement et document fournis par le sieur D...., n'établissent pas suffisamment le compte de l'emploi des* 15,000 *liv., lequel ne peut résulter que des comptes d'achats et de ventes émanés de l'agent de change chargé de la négociation;* et ils décident ensuite *que le sieur D.... sera tenu de rapporter la preuve par bordereaux et comptes de l'agent de change, ou résultant des livres et registres dudit agent de change, qui a été chargé de la négociation, que la somme de* 15,000 *liv. a été absorbée.*

» On voit dans cette décision, que les arbitres ne disent pas *nommément* que les pièces justificatives contiendront *les noms* des agens de change, *vendeur* et *acheteur* : mais lorsque, d'un côté, ils exigent *des bordereaux et comptes de l'agent de change* chargé de la négociation; et lorsque, d'un autre côté, l'art. 31 de l'arrêt du conseil exige expressément que ces sortes de bordereaux *rappellent le nom* de l'agent de change avec lequel l'autre agent de change aura fait sa négociation, il s'ensuit bien nécessairement que les arbitres, en exigeant la représentation de tels *bordereaux*, entendaient qu'ils seraient représentés dans les formes voulues par le règlement de 1724; et que par conséquent ils rappelleraient les noms des agens de change entre lesquels s'était commencée la négociation.

» Et il faut si bien l'entendre ainsi, que, dans l'instance qui a précédé le jugement des arbitres, l'adversaire du demandeur lui reprochait essentiellement de ne pas représenter les bordereaux qu'il aurait dû se faire remettre par l'agent de change Chabanel, en observant que la représentation de ces bordereaux devenait sur-tout importante, par la connaissance qu'ils auraient donnée du nom des agens de change. — *Ces bordereaux étaient nécessaires*, disait-il, *pour fixer le prix de l'achat ou de la vente, la nature des Effets achetés ou vendus; ils étaient nécessaires enfin pour indiquer le nom de l'agent de change qui aurait traité avec l'agent de change Chabanel.*

» Ainsi, la cour d'appel n'a point violé la chose jugée, mais elle a motivé son arrêt conformément à la décision des arbitres, lorsqu'elle a dit *qu'aux termes du jugement arbitral, les bordereaux exigés comme pièces justificatives, devaient contenir, non seulement le nom de l'agent de change acheteur ou vendeur, mais aussi le nom de l'agent de change duquel on a acheté ou auquel on a vendu.*

» Attendu enfin que le dispositif de l'arrêt attaqué peut se justifier par d'autres motifs que par ceux qui ont servi d'argument au demandeur, pour établir ses prétendus moyens de cassation; que, dans l'espèce, on pourrait lui accorder que la cour d'appel a commis une erreur en disant que les bordereaux devaient contenir les noms des agens de change employés à la négociation, sans qu'il pût en résulter une ouverture de cassation, puisque, indépendamment de ce motif, la cour d'appel aurait toujours eu raison de décider que les pièces produites par D...., pour établir sa libération, n'étaient pas les pièces exigées par la sentence arbitrale.

» Et en effet, les arbitres avaient décidé que D..... produirait *les bordereaux et comptes de l'agent de change, ou résultant des livres et registres dudit agent de change* : cependant il n'avait produit, en exécution de ce jugement, que la copie d'une procédure intervenue entre l'agent de change Chabanel, un sieur Devaux et autres, dans laquelle procédure Chabanel avait fait emploi d'un état qui était supposé contenir la négociation qu'il avait faite sur les fonds du sieur F...: mais la copie d'une semblable procédure, d'une procédure étrangère aux parties intéressées, ne pouvait pas remplacer les *bordereaux* exigés par les arbitres; et la cour

Digitized by Google

d'appel, en ne s'y arrêtant pas, n'a commis aucune contravention; mais elle s'est conformée à cette règle du droit si connue : *Enunciativa non probant; et non creditur referenti, nisi constet de relato.*

» Par ces motifs, la cour rejette, etc. . . . . »

IV. Est-ce faire un acte de commerce que d'acheter des Effets publics pour les revendre? Ceux qui, sans être commerçans de profession, achètent habituellement des Effets publics pour les revendre, peuvent-ils, à raison de ces opérations, être traduits devant les tribunaux de commerce? Peuvent-ils être condamnés par corps à remplir leurs engagemens?

Le 8 germinal an 11, arrêté de compte entre le sieur Grelet et le sieur Foult, agent de change, par lequel le premier se reconnaît reliquataire envers le second, d'une somme de 12,050 francs, que ce dernier a avancée en lui prêtant son ministère pour des achats et reventes d'Effets publics. — Le 2 floréal suivant, le sieur Grelet souscrit, avec le sieur Pardonnet, aussi agent de change, un semblable arrêté de compte, et reconnaît lui devoir, pour des causes du même genre, une somme de 28,240 fr. — A Défaut de paiement de ces deux sommes, le sieur Grelet est cité devant le tribunal de commerce de Paris. — Déclinatoire et demande en renvoi devant les juges ordinaires. — Jugement qui, sans y avoir égard, condamne le sieur Grelet par corps. — Appel; la cour de Paris, considérant que le sieur Grelet est dans l'usage de faire des spéculations sur les fonds publics, confirme le jugement dont il se plaint. — Le sieur Grelet se pourvoit en cassation, et dit : 1°. Je ne suis point marchand de profession, et la preuve en est que jamais je n'ai été assujetti à la patente. 2°. Aucune loi ne qualifie d'opérations commerciales, les spéculations qui ont pour objet les fonds publics; ces spéculations ne constituent ni un trafic ni un négoce : on n'a besoin, pour les faire, ni de capitaux ni d'Effets publics; ce ne sont que des espèces de gageures sur la valeur éventuelle de ces Effets. 3°. Les arrêtés de compte dont il s'agit, n'ont point la forme de lettres de change : or, il n'y a que les lettres de change qui, aux termes du tit. 9 de la loi du 15 germinal an 6, emportent la contrainte par corps à l'égard des non marchands. — Par arrêt du 18 février 1806, au rapport de M. Henrion, « Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que Grelet était dans l'usage de faire des négociations sur les fonds publics; que, sous ce point de vue, il a pu être placé dans la classe des commerçans, et, par suite, qu'il a pu être traduit au tribunal de commerce, et condamné par corps; la cour rejette. . . . . »

V. *Marchand* et *Marché à terme.*]]

* EFFIGIE. Figure ou représentation d'une personne.

I. L'Effigie d'une personne exposée aux yeux du public par dérision, est une injure grave. Le peintre Clexides, pour se venger d'un dédain de la reine Stratonice, fit un tableau où il la représenta au naturel, couchée avec un pêcheur qu'on disait être son amant. Quelqu'un qui, parmi nous, serait assez téméraire pour se permettre une diffamation de ce genre, deviendrait sévèrement répréhensible. La bibliothèque de Bouchel nous apprend qu'un maître serrurier de Paris, pour avoir voulu tourner de cette sorte en dérision quelques membres de sa communauté, fut condamné envers eux à des dommages-intérêts, avec défenses de récidiver, sous des peines très sévères; il fut de plus ordonné que sa condamnation serait publiée dans la chambre criminelle du châtelet, l'audience tenant.

Ce serait aussi une injure très répréhensible que de faire des infamies à l'Effigie de quelqu'un, dans l'intention de le couvrir d'opprobre et de mépris. L'outrage qu'on ferait à celles qui sont consacrées à la vénération publique, rendrait plus ou moins coupable, suivant que la personne représentée serait plus ou moins élevée en dignité. *V. Injure.*

II. En matière criminelle, lorsqu'on ne peut exécuter un jugement de mort contre le coupable, on l'exécute par Effigie. *V. Contumace*, §. 2. (M. Guyot)*.

* EFFRACTION. C'est la fracture ou la rupture qu'on fait d'une chose à mauvais dessein.

[[I. Comment doit être poursuivie et punie l'Effraction faite à une fenêtre donnant sur une rue, sans intention de voler? Cette question est décidée par un arrêt de la cour de cassation, du 22 octobre 1807, ainsi conçu :

« Le procureur général impérial expose qu'il existe entre le directeur du jury de Turnhout et le tribunal de police de la même ville, un conflit négatif de juridiction, sur lequel il est nécessaire que la cour interpose son autorité.

» Le 24 juillet 1807, le commissaire de police de la ville de Turnhout, « informé par la patrouille nocturne des hameaux de Severdonck et Schoorvert, que la nuit dernière, on avait cassé aux fenêtres des maisons de Corneil Diricks, cabaretier à Schoovert, et de la veuve Sips, cabaretière à Severdonck, différens carreaux de vitres, s'est transporté sur les lieux, à l'effet de connaître les causes qui avaient donné lieu à de telles violences »; et il est résulté de son procès-verbal, 1°. qu'à une fenêtre du cabaret de Corneil Diricks, donnant sur la rue, il y avait huit grands carreaux de vitres cassés; qu'une petite barre de fer qui traversait cette fenêtre, avait été emportée du coup de bâton; que Corneil Diricks et sa femme interrogés s'ils connaissaient les personnes qui avaient commis ces violences, avaient répondu que c'était le nommé Arnold Nys, qui, après avoir porté le coup, avait pris la fuite; 2°. qu'à la fenêtre du cabaret de la veuve Sips, donnant pareillement sur la rue, six carreaux de vitres étaient cassés et les plombs emportés; que la veuve Sips, interrogée si elle savait comment s'étaient faites ces fractures, avait répondu que « vers minuit on avait porté deux coups de bâtons sur ses fenêtres, mais qu'elle ne connaissait pas l'individu ou les personnes qui pouvaient l'avoir fait ».

» Sur ce procès-verbal, et d'après des recherches ultérieures, Arnold Nys a été cité devant le tribu-

Digitized by Google

nal de police du canton de Turnhout, qui, par jugement du 29 du même mois, s'est déclaré incompétent, et a renvoyé le prévenu à la police correctionnelle, » Vu (a-t-il dit) l'art. 7, §. 5, du tit. 2 de la loi des 19-22 juillet 1791, et attendu que le délit porté devant ce tribunal, n'est pas de la nature de ceux prévus par l'art. 605 du Code des délits et des peines; que ce même article contient formellement les délits répréhensibles par la voie de simple police; et que ce serait un excès de pouvoir que de connaître de tout autre qui n'entrerait pas dans les attributions dudit tribunal ».

» En vertu de ce jugement, Arnold Nys a été traduit devant le directeur du jury de Turnhout; et, conformément aux réquisitions du ministère public, ce magistrat a rendu, le 27 août suivant, une ordonnance par laquelle, « considérant que le délit dont est prévenu Arnold Nys, est prévu par le n°. 8 de l'art. 605 du Code des délits et des peines, et réprimé par l'art. 19 du tit. 1, intitulé *de la police municipale*, de la loi des 19-22 juillet 1791; que le prévenu est muni d'un passe-port régulier...., d'où il résulte qu'il ne peut être réputé homme sans aveu, et que le délit dont il est prévenu est du ressort du tribunal de simple police.....; que par jugement du 27 juillet, le tribunal de police de Turnhout, lieu du délit dont il s'agit, s'est déclaré incompétent pour connaître de cette affaire; qu'ainsi, il y a conflit.....»; il a ordonné que les pièces seraient transmises à la cour de cassation, à l'effet de statuer sur le règlement de juge.

» Les choses en cet état, il s'agit de savoir lequel du directeur du jury ou du tribunal de police s'est trompé sur sa compétence.

» Très certainement le tribunal de police est compétent, d'après l'art. 153 du Code du 3 brumaire an 4, si le délit dont est prévenu Arnold Nys, n'emporte qu'une amende de la valeur de trois journées de travail, ou un emprisonnement de trois jours. Mais très certainement aussi, il est incompétent, et la connaissance de ce délit ne peut appartenir qu'à la police correctionnelle, si ce délit peut emporter une peine plus forte, qui ne soit cependant ni afflictive ni infamante.

» Or, ce délit quel est-il? C'est d'avoir cassé des vitres aux fenêtres extérieures de deux maisons et une petite barre de fer qui traversait l'une de ces fenêtres; c'est conséquemment d'avoir violé les clôtures de ces deux maisons, c'est de les avoir dégradées.

» Cela posé, ouvrons le tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791. Après avoir défini, art. 7, quels sont en général les *délits punissables par la voie de police correctionnelle*; après avoir, par le n°. 5 de cet article, rangé parmi ces délits, les *atteintes portées à la propriété des citoyens par dégâts*; la loi passe en revue les quatre premiers genres de délits correctionnels, et arrivant, art. 31, au *cinquième genre de délits*, elle déclare que « tous dégâts commis dans les bois; *toutes violations de clôtures*, de murs, haies et fossés, quoique non suivis de vols....., seront punis ainsi qu'il sera dit à l'égard de la police rurale ».

» C'est donc à la loi du 28 septembre de la même année sur la police rurale, qu'elle nous renvoie. Or, voici ce que porte l'art. 17 du tit. 2 de cette loi: « Il est défendu à toute personne de recombler les fossés, de *dégrader les clôtures*, de couper des branches de haies vives, d'enlever du bois sec des haies, sous peine d'une amende de la valeur de trois journées de travail. Le dédommagement sera payé au propriétaire; et suivant la gravité des circonstances, la *détention pourra avoir lieu, mais au plus pour un mois* ».

» Ainsi, toute personne qui *dégrade des clôtures*, peut être condamnée, non seulement à une amende de la valeur de trois journées de travail, mais encore à un emprisonnement qui peut durer trente jours. — Voilà donc une peine qui excède les attributions des tribunaux de police, et qu'il n'appartient qu'aux tribunaux correctionnels d'infliger. — Ce n'est donc pas au tribunal de police, mais au tribunal correctionnel de Turnhout qu'est déléguée, par la loi, la connaissance du délit dont est prévenu Arnold Nys.

» On ne peut opposer à cette dernière conséquence, qu'une seule objection: c'est de dire que les dispositions de la loi du 28 septembre 1791, ne sont relatives qu'à la police des campagnes, qu'aux délits ruraux.

» Mais d'abord, c'est à la campagne, c'est dans deux hameaux dépendans, à la vérité, de la ville de Turnhout, mais séparés de cette ville, qu'a été commis le delit dont il est ici question.

» Ensuite, quand ce délit aurait été commis dans une ville, la disposition de l'art. 17 du tit. 2 de la loi du 28 septembre 1791 ne lui serait pas moins applicable. — Elle ne le serait pas sans doute par elle-même; mais elle le serait par la force de l'art. 31 du tit. 2 de la loi du 22 juillet précédent, article qui est commun à toutes *violations des clôtures*, et ne distingue pas entre celles qui ont lieu dans les villes et celles qui ont lieu dans les campagnes.

» Remarquons, d'ailleurs, que si le délit consistant à casser des vitres et des barres de fer aux fenêtres extérieures d'une maison, n'était pas puni correctionnellement, il faudrait le laisser jouir d'une impunité complète; car on ne pourrait pas lui appliquer même la peine de simple police que prononce le n°. 8 de l'art. 605 du Code du 3 brumaire an 4, contre les auteurs des *voies de fait et violences légères*, puisqu'on ne peut pas considérer comme une *voie de fait* ou *violence légère*, l'action d'un perturbateur qui se permet de briser, en tout ou en partie, les fenêtres d'une maison.

» Remarquons encore que, si l'action de casser les vitres et les barres de fer d'une fenêtre extérieure, ne constituait pas un délit correctionnel, on ne pourrait pas non plus regarder comme un délit de cette nature, la voie de fait qui consisterait à briser ou enfoncer la porte extérieure d'une maison. Or, à qui persuadera-t-on qu'il ne peut être

Digitized by Google

prononcé qu'une peine de simple police, contre le furieux qui brise ou enfonce la porte d'une maison, et qui, par-là, viole de la manière à la fois la plus grave et la plus insultante, la clôture à l'abri de laquelle repose un citoyen paisible?

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 65 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, l'art. 31 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, l'art. 17 du tit. 2 de la loi du 28 septembre suivant, et les art. 153 et 168 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4; et statuant par règlement de juges, ordonner que, sans avoir égard à l'ordonnance du directeur du jury de Turnhout, du 27 août dernier, laquelle demeurera comme non avenue, Arnold Nys sera, pour raison du délit dont il est prévenu, traduit devant le tribunal correctionnel de Turnhout, pour y être jugé définitivement, sauf l'appel ainsi que de droit.

» Fait au parquet, le 8 octobre 1807. *Signé* Merlin.

» Ouï M. Basire, juge, la cour, adoptant les motifs du réquisitoire, et statuant par voie de règlement de juges, ordonne que, sans avoir égard à l'ordonnance du directeur du jury de Turnhout, du 27 août dernier, laquelle demeure comme non avenue, Arnold Nys sera, pour raison du delit dont il est prévenu, traduit devant le tribunal de police correctionnelle de Turnhout, pour y être jugé définitivement, sauf l'appel ainsi que de droit ».]]

II. Le motif qui donne le plus souvent lieu à une Effraction, c'est le vol. Ce délit, accompagné d'une circonstance pareille, est plus reprehensible que si c'était un vol simple.

Une ordonnance de François Ier, du mois de janvier 1534, porte que *ceux qui entreront au-dedans des maisons, icelles crocheteront et forceront, prendront et emporteront les biens qu'ils trouveront esdites maisons, seront punis du supplice de la roue.*

Cette ordonnance est, pour ainsi dire, la seule que nous ayons sur les délits commis avec Effraction, quant à ce qui concerne la peine qui y est attachée; mais cette ordonnance, très sevère, comme on le voit, ne s'execute à la lettre que contre ceux qui joignent l'assassinat à l'Effraction; car, dans l'usage, l'Effraction ne rend le délit capital que relativement aux circonstances qui l'accompagnent.

L'Effraction commise de nuit, est regardée comme plus grave que celle qui se commet de jour, et bien plus grave encore lorsqu'elle est commise avec port d'armes et violence publique. Quand elle se commet de nuit, avec port d'armes, elle emporte la peine de mort, quel que soit celui qui s'en est rendu coupable; mais, lorsqu'il n'y a point de port d'armes, les juges peuvent alors, en s'attachant à la qualité des personnes, être plus ou moins indulgens, suivant les motifs qui ont determiné l'Effraction. Si celui qui en est l'auteur, est un sujet de mauvaise réputation, et sur-tout s'il a déja été repris de justice, on prononce contre lui la peine de mort. Un arrêt du 14 juin 1765 a condamné un charpentier à être pendu, pour plusieurs vols par lui commis nuitamment avec Effraction en differens endroits de Paris.

Quand l'Effraction a été commise de jour, le délit n'est pas traité aussi sevèrement qu'il le serait si cette Effraction avait eté faite de nuit; et il est rare qu'elle soit punie de mort: car, comme l'observe fort bien l'auteur du *Traité de la justice criminelle*, il n'y a aucune loi positive qui porte formellement contre ce délit une peine pareille.

La punition en est entièrement aujourd'hui abandonnée à l'arbitrage des juges. Et l'on est plus ou moins sevère à l'égard du coupable, suivant que l'Effraction est plus ou moins legère, et suivant les autres circonstances du temps, du lieu, etc.

Nous observerons, à l'egard du lieu, que si l'Effraction était commise dans une église, la peine de mort pourrait s'ensuivre sans difficulté. Un particulier, en 1759, s'avisa de fracturer de jour le tronc d'une église de la ville d'Anbusson: il y prit pour environ 9 francs de monnaie; il fut saisi, son procès se commença à Aubusson, il fut continué (attendu que c'etait un cas royal) devant le lieutenant criminel de la senechaussée de Gueret: la sentence definitive le condamna simplement à quelques annees de galeres; mais, sur l'appel au parlement de Paris, il fut condamné à être pendu, et le coupable fut renvoyé à Gueret pour l'execution. Cet arrêt était relatif à la déclaration du 4 mars 1724, qui, après avoir dit que les vols et larcins faits dans les églises ne pourront être punis, à l'egard des hommes, de moindre peine que celle des galères à temps ou à perpetuité, ajoute, *le tout sans préjudice de la peine de mort, s'il y échoit, suivant l'exigence des cas.*

[[Aujourd'hui, le vol avec Effraction n'est plus puni que de la peine des fers; et cette peine se prononce pour plus ou moins d'années, suivant les circonstances précisées par le Code pénal du 25 septembre 1791, part. 2, tit. 2, sect. 2, art. 3, 4, 5, 6, 7 et 8.

Il y cependant des départemens où il est encore puni de la peine capitale, lorsqu'il est commis « dans les habitations et maisons de campagne, et qu'il y a Effraction faite aux murs de clôture ou toit des maisons, portes et fenêtres extérieures ». Ces departemens sont ceux où il a été établi des cours de justice criminelle et spéciale en vertu de la loi du 18 pluviose an 9. *V.* les art. 9 et 29 de cette loi]].

III. L'Effraction rend le délit cas prévôtal, lorsqu'elle est extérieure. L'art. 5 de la declaration du roi du 5 fevrier 1731, concernant les cas prevôtaux et les cas présidiaux, porte, que « les prevôts des maréchaux connaîtront des vols faits avec Effraction, lorsqu'ils seront accompagnés de port d'armes et violences publiques, ou *lorsque l'Effraction se trouvera avoir été faite dans les murs de clôture, aux toits des maisons, portes et fenêtres exterieures;* et ce, quand même il n'y aurait eu ni port d'armes ni violence publique ».

Digitized by Google

Les juges présidiaux peuvent connaître aussi en dernier ressort des délits énoncés dans l'art. 5 de la déclaration que nous venons de citer, lorsqu'ils ont prévenu les prévôts des maréchaux, ou lorsqu'ils ont informé et decrété le même jour; c'est ce que porte l'art. 7 de la déclaration dont il s'agit.

Mais observez que l'Effraction seule ne suffit pas pour rendre le délit prévôtal ou presidial: il faut que cette Effraction soit accompagnée de vol; car c'est du *vol avec Effraction* dont la loi entend attribuer la connaissance en dernier ressort aux prévôts ou aux juges présidiaux; et encore faut-il que cette Effraction soit extérieure, comme quand on perce des toits, des murs de clôture, qu'on brise des portes; etc. Si l'Effraction était intérieure, comme si l'on avait brisé une armoire, un coffre dans un appartement, le vol qui en aurait été la suite, ne serait plus un cas prévôtal ni présidial.

[[Les juridictions prévôtales sont supprimées; mais elles sont remplacées en cette partie dans plusieurs départemens par des cours de justice criminelle et speciale. *V.* la loi du 18 pluviose an 9, art. 9]].

IV. Dans le doute si l'Effraction doit être regardée comme extérieure ou comme intérieure, on doit la regarder comme intérieure, parcequ'un jugement pareil est favorable à l'accusé qui, par ce moyen, ne peut plus être jugé qu'à la charge de l'appel, [[aujourd'hui, du recours en cassation]].

Ainsi, quand dans l'intérieur d'un edifice il y a eu Effraction à la porte d'une chambre, cette Effraction est extérieure et intérieure tout ensemble, mais sous deux differens rapports; elle est extérieure relativement à la chambre elle-même, et intérieure relativement a la maison ou à l'hôtel dans l'interieur duquel la chambre fait partie des appartemens: ainsi, cette Effraction doit être simplement regardée comme interieure, et c'est l'aspect le plus favorable pour l'accusé.

On ne doit même pas prendre pour Effraction, l'adresse qu'on a eue d'ouvrir une porte, sans y commettre rien qui ressemble à une Effraction marquée. Il faut une rupture violente et considérable pour caractériser l'Effraction. Ainsi, le derangement de quelques pierres mal assurées, quelques tuiles déplacées, et tout ce qui a pu se faire sans rien briser, ne peut point passer pour Effraction.

On ne peut pas non plus assimiler à une Effraction, l'art avec lequel on a crocheté une serrure, ouvrir une porte ou une armoire.

Au surplus, dans tous les cas où il y a Effraction, le juge doit se transporter sur les lieux, et en dresser procès-verbal en présence de l'accusé, lorsqu'il a été pris en flagrant délit. Ce procès-verbal, pour être régulier, doit détailler le genre et les particularités de l'Effraction, afin de connaître si elle est exterieure ou intérieure, grave ou legère. Ce procès-verbal est ordonné par l'art. 26 de l'arrêt des grands jours de Clermont, du 10 decembre 1665. *V. Procès-verbal* et *Bris de prison*. (M. Dareau.)*

[[Nous reviendrons sur cette matière à l'article *Vol*.]]

[[ÉGALITÉ (coutume d'). *V. Coutume*, §. 6; *Donation*, sect. 3, §. 2 et 4; *Enfant chéri* et *Rapport*.]]

[[ÉGALITÉ (promesse d'). *V. Institution contractuelle*, §. 6, n. 3.]]

* ÉGLISE. Mot emprunté de la langue grecque, dans laquelle il signifie en général une convocation, une assemblée. Il est, parmi nous, réservé et consacré à ce qui concerne la religion; et il se prend ou dans un sens moral et spirituel, pour le corps des personnes qui la professent, ou dans un sens physique et matériel, pour les lieux où s'en tiennent les assemblées.

§. I. *Eglise dans le sens moral et spirituel.*

1. Par le mot *Eglise*, pris en ce sens et dans toute son etendue, on comprend l'assemblée, la collection et le corps de tous les fidèles qui, réunis par la profession d'une même foi, vivent sous la conduite des pasteurs légitimes, ayant pour chef visible le pape, successeur de saint Pierre.

L'Eglise, ainsi considérée, forme un corps véritable; corps à la vérité tout mystique, n'ayant qu'un objet, des moyens, un but purement spirituel, mais cependant parfait dans son genre, et à qui rien ne manque de ce qui est nécessaire pour teudre et parvenir à sa fin.

Elle a reçu l'autorité de son auteur; son gouvernement, ses lois, sa discipline et ses trésors sont indépendaus de toute autre puissance. Son autorité est souveraine pour la direction des mœurs et la décision des controverses sur la foi: le nom de pasteur douné à ses pontifes, annonce que son gouvernement ne doit rien avoir que de doux; mais cette douceur n'exclut point une juste sévérité contre les coupables. L'Eglise peut infliger des peines spirituelles, comme le sont toutes ses lois; sa discipline est pure, et ses biens sont les graces et les sacremens dont elle est la dépositaire et la dispensatrice.

Avec ces biens, cette discipliue, ces lois, ce gouvernement et cette autorité, l'Eglise s'est établie et s'est repandue.

Aussitôt que les empereurs eurent embrassé la foi, ils s'empressèrent de faire servir leur pouvoir aux progrès de l'Eglise: ils accordèrent des privilèges, des immunités aux temples, des exemptions, des distiuctions au clergé, et ils permirent à l'Eglise d'acquérir et de posséder des biens.

L'Eglise devint alors un corps politique dans l'état, y ayant des droits, des titres et des possessions, mais sous la dépendance, l'inspection et la direction de la puissance dont elle les avait reçus. Aux principes de la soumission qu'elle n'avait cessé de recommander à ses enfans pour les empereurs même infidèles, même persécuteurs, durent alors se joindre pour les empereurs chrétiens, les motifs d'une juste reconnaissance.

Dès-lors on vit concourir au bonheur et à l'avan-

Digitized by Google

tage général, les deux choses les plus faites pour le procurer : l'autorité sacrée des pontifes d'une part, et la puissance des souverains de l'autre ; l'autorité des pontifes pour tout régler au-dedans, et la puissance royale pour tout protéger au-dehors. A la première appartient la direction des choses spirituelles ; à la seconde, la disposition des choses temporelles ; et de leur concours dépendent la félicité et la tranquillité publiques. Comme l'Eglise, sans s'ingérer jamais dans l'administration du temporel, ne doit rien négliger pour faire rendre aux souverains l'entière obéissance qui leur est due, les souverains, sans s'arroger non plus l'inspection des choses purement spirituelles, doivent faire servir leur pouvoir à procurer aux décisions et aux lois de l'Eglise le respect et la soumission qu'elles méritent.

Ainsi l'Eglise doit être envisagée sous un double rapport, c'est-à-dire, ou comme une société d'hommes uniquement occupés du service de Dieu et de leur propre sanctification ; sous ce point de vue, ses propres institutions lui suffisent ; elle trouve dans son sein toutes les ressources et tous les secours nécessaires : on comme répandue, sans cesser d'être animée de son grand objet, dans les différens empires de la terre, et y formant pour ainsi dire autant de sociétés particulières, qui, outre les devoirs communs de la religion, ont aussi des devoirs propres à remplir relativement à la constitution des différens états où elles subsistent et à la manière dont il leur est permis d'y exister; car, ou la religion catholique y est, soit dominante, soit légalement reconnue et autorisée, ou elle n'est que tolérée, on même elle y est persécutée. — Persécutée, elle ne doit opposer aux persécutions et à la violence que la patience et la soumission ; et dans tout ce qui n'a pas un rapport essentiel à la foi et au culte, les membres de l'Eglise n'en doivent pas moins que les autres sujets, et même plus qu'eux, se montrer fidèles aux ordres et aux lois des souverains. C'est le bel exemple que les chrétiens des premiers siècles ont donné au monde soulevé et armé contr'eux. — A plus forte raison doivent-ils en agir de la sorte dans les états où la religion est tolérée. — Mais on sent que dans ces états, et encore moins dans ceux où la religion n'est pas soufferte, les lois n'ont rien de commun avec l'exercice de cette religion qu'elles proscrivent on qu'elles restreignent. — Dans les états, au contraire, où la religion est, soit dominante, soit légalement reconnue et autorisée, les souverains, en qualité de protecteurs, ont souvent fait des règlemens et rendu des ordonnances pour soutenir ce que l'Eglise elle-même avait décidé sur la foi, le culte et la discipline, comme pour maintenir les droits, libertés et franchises de l'Eglise dans leurs états : ils en ont fait pour maintenir leurs droits, soit comme protecteurs, soit comme fondateurs et bienfaiteurs des Eglises particulières ; ils en ont fait pour régler les différentes formes des dispositions des bénéfices, pour prescrire l'ordre de procédure dans les tribunaux ecclésiastiques, pour assurer aux jugemens de ces tribunaux une exécution que sans cela ils n'auraient pu obtenir ; ils en ont fait pour déterminer la nature des biens qu'ils permettaient à l'Eglise d'acquérir, et la manière dont ces acquisitions devaient être faites, comme pour fixer l'ordre, le rang et les prérogatives qu'ils jugeaient à propos d'accorder aux ecclésiastiques ; ils en ont fait enfin sur beaucoup d'autres objets essentiellement liés au culte, à la discipline et à la foi de l'Eglise, et qui même en faisaient partie, mais uniquement pour appuyer et faire executer ce que l'Eglise avait auparavant réglé sur ces points, comme on l'observait tout-à-l'heure. Loin de le désapprouver et de s'en plaindre, l'Eglise elle-même a souvent réclamé l'autorité et implorée le zèle des princes pour obtenir à ses décrets la force coactive qu'elle ne pouvait leur communiquer.

Ainsi, dans les empires qui ont admis la religion chrétienne, les lois de l'Eglise sont devenues lois de l'état; et, d'un autre côté, les lois de l'état relatives à la religion, sont aussi devenues lois dans l'Eglise, et doivent également servir de règle de conduite aux fidèles. Non seulement, en qualité de sujets, ils doivent la soumission la plus entière aux lois, ordonnances et règlemens des souverains sous la domination desquels ils vivent, mais ils doivent aussi, comme membres de l'Eglise et dans l'ordre de la religion, respecter ce que les princes ont établi pour le maintien du culte, de la discipline et même de la foi de l'Eglise, et pour l'administration, dispensation et disposition de ses biens. C'est sur-tout sous ce rapport qu'est vraie et incontestable la maxime souvent répétée et qui ne peut l'être trop, que *l'Eglise est dans l'état, et non pas l'état dans l'Eglise.*

II. C'est par le baptême, qui nous rend fidèles, qu'on devient enfant et membre de l'Eglise. On s'en sépare par l'apostasie, l'hérésie et le schisme. On appelle apostat, celui qui, après avoir fait profession de la religion chrétienne et catholique, en abjure entièrement les dogmes et passe à une croyance étrangère, comme serait celui qui embrasserait le judaïsme, le mahométisme ou le paganisme. L'hérétique est celui qui soutient opiniâtrement une ou plusieurs erreurs contraires à la foi et condamnées par l'Eglise, comme sont les luthériens, les calvinistes, etc., et qui retiennent cependant une partie de la doctrine chrétienne. Les schismatiques sont ceux qui, en demeurant attachés à la croyance de l'Eglise, refusent de reconnaître l'autorité de ses pasteurs légitimes et sur-tout la primauté du pape.

Ceux qui sont ainsi séparés de l'Eglise, ne participent ni à ses faveurs, ni aux biens spirituels qu'elle dispense.

III. Rien de plus doux que le gouvernement de l'Eglise : la charité doit en être l'ame. *Les princes de la terre*, disait Jésus-Christ à ses apôtres qu'il établissait les chefs de son Eglise, *dominent sur les peuples qui leur sont soumis; mais il n'en doit pas être ainsi parmi vous. Celui qui sera le premier, doit au contraire se regarder comme le dernier et comme le serviteur de tous : gardez-vous donc bien,*

Digitized by Google

ajoutait saint Pierre en parlant aux évêques, *d'affecter un air de domination, mais soyez l'exemple du troupeau qui vous est confié.*

Que de troubles et de divisions auraient été prévenus et pour toujours écartés, si ces maximes saintes et les lois qu'elles renferment, avaient toujours servi de principes et de regles aux hommes élevés à la dignité de l'épiscopat et par-là constitués princes de l'Eglise !

S'ils ne doivent point affecter de domination sur les peuples, encore moins doivent-ils en prétendre les uns sur les autres. A chacun d'eux est confié le gouvernement de quelque Eglise particulière; mais le gouvernement de l'Eglise en général leur est confié en commun; tous en sont chargés solidairement.

Il faut donc écarter du gouvernement visible de l'Eglise toute idée de monarchie, et à plus forte raison de despotisme, pour n'y reconnaître qu'une véritable aristocratie, où tout doit se décider en commun et de concert entre les chefs qu'il a plu à Dieu d'y établir. C'est ce qui résulte bien clairement de la pratique et de la pensée généralement adoptées et constamment suivies dans l'Eglise depuis son établissement, d'y regarder les conciles comme ses tribunaux ordinaires, et les conciles généraux comme son suprême tribunal. C'est ce que confirme la maxime sacrée parmi nous, de ne regarder comme irréformables les décisions des souverains pontifes sur la doctrine, et leurs décrets sur la discipline comme obligatoires, qu'après que les premières ont été acceptées par le consentement du corps épiscopal, et que les seconds ont été reçus par le même consentement et adoptés par les Eglises particulières.

Il n'en faut pas moins reconnaître en même temps dans l'Eglise un ordre, une hiérarchie, une subordination entre les évêques, relativement à l'exercice de la juridiction, quoique, par rapport au caractère et au pouvoir de l'ordre, ils soient tous parfaitement égaux.

Dans cette hiérarchie, le pape a la primauté. Sous lui sont les patriarches, qui ont sous eux les primats; sous ces derniers sont les archevêques; et sous les archevêques, les évêques. Les deux seconds degrés des patriarches et des primats n'ont pas été par-tout établis; il y a bien des archevêques, et même quelques évêques qui relèvent immédiatement du pape, et dont on ne peut appeler qu'à lui, sans aucun intermédiaire.

La primauté du pape n'emporte pas la plénitude de juridiction : c'est-à-dire que le souverain pontife, quoiqu'il ait une juridiction plus étendue qu'aucun autre évêque, qu'il puisse, selon les circonstances et les règles, l'exercer sur chacun des évêques, n'est point la source d'où dérive celle des autres évêques: il ne peut exercer la sienne au préjudice de la leur, si ce n'est dans les cas prévus et de la manière réglée par les canons. En un mot, sa juridiction n'est ni la seule dans l'Eglise, puisque les évêques en ont une qui leur est propre, ni la suprême juridiction dans l'Eglise, puisqu'il est subordonné à celle du concile général pour sa personne, sa conduite et ses mœurs, aussi-bien que pour la doctrine.

Ainsi il est le premier des évêques et non le seul évêque, ni le prince des évêques. Il ne devrait agir que de concert avec tous ses collegues pour tout ce qui concerne l'administration générale de l'Eglise, comme les évêques eux-mêmes en ce qui peut intéresser le bien de leurs diocèses, n'agissaient anciennement et ne devraient agir qu'avec le conseil et le concours de leur clergé, autrefois appelé le presbytère. Tel est l'esprit du gouvernement de l'Eglise. En s'en écartant, on n'a pu que tomber dans des abus; on ne pourra les éviter, les réformer, les corriger, qu'en s'en rapprochant.

IV. Le mot *Eglise* dans le même sens, mais moins étendu, s'emploie pour désigner chaque partie de l'Eglise universelle, considérée comme faisant en quelque sorte autant de corps particuliers. C'est ainsi qu'on distingue l'Eglise latine de la grecque : c'est ainsi qu'on dit *l'Eglise de France, l'Eglise d'Allemagne, l'Eglise d'Italie, l'Eglise d'Espagne*, etc.

Les Eglises ont leurs usages, leurs droits, leurs maximes, leurs privilèges, leurs libertés que l'Eglise universelle a toujours considérés et respectés : elle a souvent déclaré dans ses conciles généraux, qu'elle n'entendait point, par ses nouveaux règlemens, porter atteinte ni déroger aux pratiques anciennes de ces grandes Eglises. L'opposition de quelques unes d'entr'elles à la réception de quelques conciles reconnus pour généraux par les autres, a toujours paru suffisante pour en suspendre l'autorité.

On sait quelle était autrefois celle de l'Eglise d'Afrique, et combien ses décisions avaient de poids.

L'Eglise gallicane n'a été ni moins célèbre ni moins considérée. Le mérite, la doctrine, l'éclat de ses fondateurs et de ceux qui leur succédèrent, son attachement à la foi, son zèle pour la discipline, lui méritèrent dès le commencement une distinction que depuis elle a toujours soutenue. Les papes recherchaient avec empressement son approbation, son suffrage; elle leur offrit toujours une retraite et des ressources assurées dans les temps de troubles. Ce fut à ses soins, à ses efforts, à ses travaux, que le monde chrétien dut l'extinction du plus long schisme qui l'ait affligé. Nulle autre Eglise ne montra plus de zèle à repousser de son sein les erreurs et les nouveautés; jamais l'hérésie n'a pu en infecter la masse; aucune Eglise ne s'est élevée avec autant de force contre les fausses décrétales, et n'a fait paraître autant de fermeté à retenir ses anciens usages, à défendre ses droits, à rompre les tentatives de la cour de Rome pour l'assujettir. C'est là ce qui forme et ce qu'on nomme les *libertés de l'Eglise gallicane* dont on traitera dans un article à part.

On comprend sous le nom de *l'Eglise gallicane*, non seulement le clergé, mais le monarque

Digitized by Google

lui-même et tous ses sujets; tous en effet font partie de cette Eglise; aussi avons-nous toujours mis au rang des principaux articles de nos libertés, c'est-à-dire de notre ancienne croyance et de nos maximes les plus sacrées et les plus inviolables, l'indépendance absolue de la couronne et de nos souverains.

V. On se sert aussi du terme d'Eglise dans une signification plus restreinte. Ainsi l'on dit *l'Eglise de Paris*, *l'Eglise de Meaux*, par exemple; tantôt pour désigner le corps des fidèles qui composent ces diocèses, tantôt pour en marquer seulement le clergé: quelquefois même on n'entend par ces mots que le corps des Eglises métropolitaines ou cathédrales.

VI. Quelquefois enfin on dit, mais plus improprement, les *Eglises protestantes*, les *Eglises luthériennes*. Ce mot alors se réduit à la signification simple de collection, d'assemblée, et rien de plus.

§. II. *Eglise dans le sens matériel et physique.*

Le mot *Eglise* en ce sens s'emploie pour désigner les lieux où se tiennent les assemblées des fidèles qui ont pour objet l'office et le service divin, la prière et le sacrifice publics.

On peut considérer, par rapport aux Eglises, leur construction, leur consécration, leur entretien et réparation, le respect qui leur est dû, les places qui doivent y être assignées, la concession et réduction des bancs. — On va suivre successivement ces articles, en renvoyant à ceux qui se trouvent traités séparément.

I. *Construction des Eglises.* On vient de dire que dès l'origine du christianisme, il y eut des Eglises. On ignore quelles étaient alors les règles pour leur construction; mais le respect et la déférence des premiers fidèles pour les évêques, peuvent aisément faire présumer qu'à cet égard, comme dans tout ce qui concernait la religion, on ne faisait rien sans leur aveu et leur consentement.

La paix ayant été rendue à l'Eglise, et des empereurs chrétiens favorisant le progrès et le culte de la religion, il fallut non seulement bâtir de nouvelles Eglises, mais augmenter et aggrandir la plupart des anciennes. Il était à craindre que l'ardeur et le zèle des fidèles ne les entraînassent trop loin: les conciles et les empereurs crurent devoir prévenir cet excès. Le concile de Calcédoine, dans son quatrième canon, fit une défense générale de bâtir aucun monastère ni oratoire, sans la permission de l'évêque diocésain. L'empereur Justinien adopta cette défense et en fit une disposition particulière de la novelle 67, où il veut qu'il ne soit permis à personne d'édifier en aucun endroit, ni monastère, ni Eglise, ni maison de prière, qu'auparavant l'évêque diocésain, après s'être transporté sur les lieux et y avoir tout examiné et tout réglé, n'ait posé une croix pour désigner l'endroit où l'Eglise devra être bâtie, s'il la juge nécessaire. Cette loi de l'empereur Justinien a souvent été renouvelée depuis et par les empereurs, ses successeurs, et par des conciles subséquens, dont on trouve les ordonnances et les canons, tant dans le cinquième livre des capitulaires, chap. 382, que dans le décret de Gratien.

Ces canons et ces ordonnances font cependant une distinction entre les Eglises ou les maisons de prière publique et les oratoires privés: la défense de bâtir sans être autorisés par l'évêque, ne tombe que sur les premières. A l'égard des oratoires, chacun peut en faire construire dans ses maisons ou sur ses possessions; mais on ne peut y faire dire la messe ni célébrer aucun office ou service public, sans l'exprès consentement de l'évêque diocésain.

[[La loi du 18 germinal an 10 porte, art. 44, que « les chapelles domestiques, les oratoires particuliers, ne pourront être établis sans une permission expresse du gouvernement, accordée sur la demande de l'évêque ».]]

Un concile tenu à Bourges en 1584, et un autre de Narbonne de 1609, ont encore renouvelé la défense de bâtir des Eglises; et même le dernier, de construire des autels sans l'approbation et la permission des évêques: ce dernier concile ajoute que l'évêque ne doit donner cette permission qu'après en avoir bien examiné la nécessité et l'utilité, et s'être bien assuré qu'il y a des revenus assez considérables pour l'entretien et les réparations de l'Eglise, et même pour la reconstruire, si le cas y échoit.

Un des soins recommandés par les canons à l'évêque auquel on s'adresse pour obtenir la permission de faire bâtir une Eglise, doit être de s'assurer si le terrain sur lequel on se propose de la construire, appartient ou non à ceux qui sollicitent la permission. Dans le second cas, il devrait refuser sa permission ou du moins la suspendre jusqu'à ce qu'on lui rapportât le consentement de la partie intéressée. C'est un acte de justice et le moyen, d'ailleurs, de prévenir des difficultés et des contestations.

Si par ignorance ou autrement, il arrivait qu'on bâtit une Eglise sur un terrain appartenant à d'autres qu'à ceux qui en ont obtenu le consentement, et que le propriétaire vînt à s'en appercevoir et à s'en plaindre avant la construction achevée, point de doute qu'il ne fallût dans ce cas interrompre la construction, parcequ'il n'est permis à personne de construire sur le fonds d'autrui. Aussi, par un arrêt que rapporte Soëfve, tom. cent. 3, chap. 25, il a été jugé qu'un particulier qui avait vendu à une communauté religieuse, un terrain pour y faire élever une Eglise, avoit ensuite pu, faute de paiement, faire saisir réellement le même terrain. Le motif de l'arrêt, suivant le témoignage de Soëfve, fut le même qu'on vient d'alléguer, qu'il n'est pas permis d'offrir et de consacrer à Dieu un bien qui ne nous appartient pas, et par conséquent un bien usurpé.—Si le propriétaire du terrain ne venait, au contraire, se présenter et se plaindre qu'après que

Digitized by Google

la construction serait achevée et la consécration faite, sa plainte n'en serait pas moins juste sans doute, ni moins digne d'être accueillie. On ne pourrait pourtant pas lui faire rendre un fonds devenu sacré ; il faudrait lui faire restituer la valeur, et même quelque chose en sus, pour lui tenir lieu de dédommagement.

Mais si l'Eglise était jugée nécessaire dans tel emplacement, on pourrait alors forcer les particuliers propriétaires de cet emplacement à le vendre pour cet objet, parceque l'avantage et le bien particuliers doivent toujours céder et disparaître devant l'utilité commune et la nécessité publique. C'est le vœu d'une ancienne ordonnance du roi Philippe IV, donnée au mois de février 1303, et qui oblige les particuliers à céder leurs fonds pour les Eglises, les cimetières et les maisons presbyterales. On sent bien qu'il ne peut être ici question que d'Eglises paroissiales ; ne pouvant pas se rencontrer de nécessité de bâtir les autres dans un lieu plutôt que dans un autre, à moins qu'il ne s'agit d'une cathédrale à élever pour un évêché nouvellement érigé. V. *Clocher*.

On observera seulement ici que la consécration des Eglises, et même celle des autels, sont des fonctions réservées spécialement aux évêques, et qui ne peuvent être par eux déléguées à personne d'un caractère inférieur; que la consécration des Eglises construites dans un diocèse, est également réservée à l'évêque diocésain ; en sorte que ni l'archevêque dont cet évêque serait suffragant, même dans le cours de sa visite archiépiscopale, ni aucun commissaire et délégué du pape, en vertu de quelque pouvoir que ce soit, ne peuvent, au préjudice de l'évêque diocésain, entreprendre d'exercer ces fonctions dans son diocèse. Nous regardons ce second point comme faisant partie de nos libertés; il résulte, ainsi que le premier, des défenses faites à ce sujet par le concile de Nicée, renouvelées depuis par plusieurs autres conciles particuliers.

III. *Entretien et réparations des Eglises. V. Réparations.*

IV. *Respect dû aux Eglises.* Le premier capitulaire dressé à Aix-la-Chapelle en 789, un concile de Bourges en 1584, un de Toulouse en 1590, et un autre de Narbonne en 1609, ont renouvelé plusieurs anciens règlemens sur la décence et la propreté avec lesquelles doivent être tenues les Eglises, les autels et toutes les choses qui sont destinées au service divin.

Dès le second siècle, pour écarter des Eglises tout ce qui pouvait y occasionner la moindre irrévérence, on supprima les banquets de charité qui s'y faisaient d'abord, et qu'on appelait *agapes*; on établit, par la même raison, que le saint sacrifice serait célébré et la sainte communion reçue à jeun.

Le concile de Basle, sess. 25, a porté un décret qui en renouvelle plusieurs anciens, et qui lui-même est inséré dans la pragmatique, pour interdire tout spectacle et tout festin dans les Eglises. Un concile de Narbonne, en 1652, et un autre en 1609, ont transcrit ces règlemens; le dernier de ces conciles ajoute la défense de chanter dans l'Eglise des vers en langue vulgaire, si ce n'est le jour de Noël, et après que ces vers ont été approuvés par l'évêque.

Le concile général de Lyon, tenu sous le pape Grégoire X, et dont les décrets sur cette matière sont rapportés dans le chap. 2, *de immun. eccles. in* 6°, défend de faire et de tenir dans les Eglises ni convocations, ni assemblées de communauté ou d'association quelconques, pour y traiter d'affaires temporelles : d'y tenir des propos vains ou scandaleux, d'y avoir des entretiens, et d'y rien faire ou souffrir qui puisse troubler les saints offices, ou blesser la majesté divine. Ce concile défend ensuite de tenir dans l'Eglise ou dans le cimetière, des marchés, des foires, des audiences publiques, sur-tout en matière criminelle.

Ce décret du concile de Vienne a servi depuis de modèle à presque tous les decrets, règlemens et ordonnances sur cet objet : et il y a peu de conciles où les pères n'aient eu soin de recommander et de prescrire la modestie et le respect dans les Eglises, en entrant même dans les plus petits détails, et de défendre rigoureusement tout ce qui pouvait y être contraire, et apporter aucun trouble à la célébration du service divin. On peut consulter sur ce point les règlemens que Théodulphe, évêque d'Orléans, donna sur la fin du huitième siècle aux curés de son diocèse; ceux d'Errard, archevêque de Tours, en 858; les décrets d'un concile de Sens, en 1528, d'un de Narbonne, en 1551, et de celui de Rouen, en 1581.

L'art. 40 de l'ordonnance de Henri II, du 27 juin 1551, défend à toutes personnes indistinctement, *de se promener ès Eglises durant le service divin;* et ordonne *de se tenir prosterné à genoux en dévotion, adorant le saint sacrement de l'autel, à l'élévation d'icelui.*

Par l'art. 20 de la déclaration du mois de février 1657, et l'art. 32 de l'édit du mois d'avril 1695, concernant la juridiction ecclésiastique, il est défendu aux juges et aux cours de contraindre les curés, les desservans ou leurs vicaires, à faire aucune publication de choses profanes dans les Eglises; et il est ordonné que ces publications, lorsqu'il y aura lieu, seront faites par huissiers ou sergens à la porte des Eglises, à l'issue des messes paroissiales, et auront la même force et valeur que si elles étaient faites dans les Eglises elles-mêmes. Ces défenses et règlemens ont été renouvelés par une déclaration du 16 décembre 1698, enregistrée au parlement de Paris, le 31 du même mois, laquelle est entrée à cet égard dans le plus grand détail.

[[L'art. 11 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 porte que « ceux qui auraient outragé les objets d'un culte quelconque, soit dans un lieu public, soit dans les lieux destinés à l'exercice de ce culte, ou ses ministres en fonctions, ou interrompu par un trouble public les cérémonies religieuses de quelque culte que ce soit, seront condamnés à une amende

Digitized by Google

qui ne pourra excéder 500 livres, et à un emprisonnement qui ne pourra excéder un an. L'amende sera toujours de 500 livres, et l'emprisonnement de deux ans, en cas de récidive ». — L'art. 12 ajoute que « les auteurs de ces délits pourront être saisis sur-le-champ et conduits devant le juge de paix ». — Ils peuvent aussi, d'après la loi du 7 pluviose an 9, être conduits, ou devant le maire, ou devant le commissaire de police, ou devant le magistrat de sûreté, ou devant le directeur du jury. *V. Officier de police judiciaire.*

L'art. 53 de la loi du 18 germinal an 10 porte que les curés « ne feront au prône aucune publication étrangère à l'exercice du culte, si ce n'est celles qui seront ordonnées par le gouvernement ».]]

Par une suite du respect dû aux Eglises, les princes leur avaient autrefois accordé la prérogative et le droit de servir de lieu d'asyle et de sûreté, où ceux qui pouvaient s'y refugier, se trouvaient à l'abri de toute poursuite, même en matière criminelle : il y a encore plusieurs pays où ce titre est respecté; mais *V. Asyle.* (M. Guyot). *

[[Les délits commis dans les Eglises, doivent-ils être punis plus sévèrement que s'ils l'avaient été dans d'autres lieux? — Marie-Anne Schutter avait été traduite devant le tribunal de police du canton de Rheinbach, à raison de voies de fait et de violences légères qu'elle s'était permises contre une autre femme dans l'Eglise de Meckeinhem; et ce tribunal, outre les peines de simple police et les dommages-intérêts de la partie plaignante, l'avait condamnée à payer 6 francs à l'Eglise qu'elle avait *déshonorée.* Mais par arrêt rendu le 23 frimaire an 13, sur mon réquisitoire et au rapport de M. Rataud, — « Vu l'art. 456 du Code des délits et des peines; attendu que, dans l'espèce, après avoir condamné la prévenue à trois jours d'emprisonnement et à des dommages-intérêts envers la partie civile, le tribunal de police l'a en outre condamnée à payer, entre les mains du receveur des revenus de l'Eglise du lieu, une somme de 6 francs, à titre de réparation, sur le motif que le délit avait été commis dans ladite Eglise, et qu'elle avait ainsi été déshonorée; que cette condamnation est une véritable augmentation de peine, qui n'a pu être prononcée sans un excès de pouvoir qui doit être réprimé; par ce motif, la cour casse et annulle, pour l'intérêt de la loi, le jugement rendu le 9 nivose dernier, par le tribunal de police du canton de Rheinbach, dans la disposition portant condamnation à une somme de 6 francs au profit de l'Eglise de Meckeinhem ».]]

ÉHOUPER. Terme d'eaux et forêts, qui signifie couper la cime d'un arbre.

L'art. 2 du tit. 32 de l'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669, veut que ceux qui auront éhoupé, ébranché et déshonoré des arbres, soient condamnés à payer la même amende que s'ils les avaient abattus par le pied. *V. Délit forestier.* (M. Guyot.) *

* ELARGISSEMENT. C'est la remise en liberté d'un prisonnier.

I. *En matière criminelle*, il y a deux sortes d'Elargissemens, l'Elargissement provisoire et l'Elargissement définitif. L'Elargissement de la première espèce est celui qu'obtient l'accusé durant le cours de l'instruction de son procès, à la charge de le représenter chaque fois qu'il lui sera enjoint de le faire. L'Elargissement définitif est celui qui résulte d'un jugement par lequel l'accusé est mis hors de prison sans réserve.

L'art. 22 du tit. 10 de l'ordonnance criminelle de 1670 porte « qu'aucun prisonnier *pour crime* ne pourra être élargi par les cours et autres juges, encore qu'il se fût rendu volontairement prisonnier, sans avoir vu les informations, l'interrogatoire, les conclusions des procureurs du roi ou de ceux des seigneurs, et les réponses de la partie civile, s'il y en a, ou sommation de répondre ».

Voici comment, dans l'usage, s'interprète cet article : ou l'accusé demande son Elargissement devant le juge de l'autorité duquel il a été constitué prisonnier, ou il le demande devant les juges d'appel. S'il le demande devant le premier juge, mais avant le règlement à l'extraordinaire, ce juge ordonne que la requête présentée à cet effet sera communiquée au procureur du roi ou au procureur fiscal, ainsi qu'à la partie civile; et lorsqu'il n'y a point de motif essentiel pour retenir plus long-temps l'accusé prisonnier, le juge ordonne qu'il sera élargi, à sa caution juratoire, ou à la charge de donner bonne et suffisante caution; ce qui dépend de la nature de l'affaire et des circonstances. Sa caution juratoire est la soumission qu'il fait entre les mains du greffier, de se représenter à toutes les assignations qui lui seront données à son domicile élu : mais lorsqu'il s'agit d'une caution fidéjussoire, cette caution doit être reçue avec la partie civile comme en matière ordinaire, suivant les formalités prescrites par l'ordonnance de 1667. Observez à ce sujet que la caution doit être trouvée suffisante, si elle est au moins aussi solvable que l'accusé.

Vous observerez aussi qu'il ne suffirait pas que la partie publique et la partie civile donnassent leur consentement à la liberté provisoire de l'accusé, si le juge lui-même ne la prononçait; car l'art. 23 de l'ordonnance citée dit formellement que « les prisonniers pour crime ne pourront être élargis, s'il n'est ordonné par le juge, encore que les procureurs du roi, ou ceux des seigneurs et les parties civiles y consentent ».

Quand l'Elargissement est demandé devant les juges d'appel, ceux-ci, comme on vient de le voir, ne peuvent l'ordonner sans avoir vu auparavant les charges et informations.

[[Aujourd'hui, l'Elargissement provisoire ne peut plus être accordé qu'aux prévenus de délits dont la peine n'est pas afflictive, mais seulement infamante ou correctionnelle. *V. Caution*, §. 1, n. 8, et *Directeur du jury.*

Et remarquez que le pouvoir d'élargir provisoirement et sous caution un prévenu, est concentré, par le Code du 3 brumaire an 4, dans la personne

Digitized by Google

du directeur du jury. Une cour de justice criminelle ne pourrait donc pas l'exercer en faveur d'un prévenu qui serait traduit devant elle, sur l'appel d'un jugement rendu par un tribunal de première instance.

« J'ai été plusieurs fois consulté (est-il dit dans une instruction circulaire du ministre de la justice du 22 frimaire an 5), sur la question de savoir si un tribunal criminel pouvait accorder la liberté provisoire à un accusé. Ma réponse a toujours été négative, et le tribunal de cassation vient de confirmer les principes sur lesquels je me suis fondé, par un jugement du 3 frimaire présent mois, en cassant un jugement du tribunal criminel du département de la Dyle, du 9 fructidor an 4, que le directoire exécutif lui avait dénoncé, et par lequel ce tribunal avait mis en liberté, sous caution, un individu condamné à la prison, par un jugement correctionnel, dont l'appel avait été rejeté le 26 thermidor précédent. Le tribunal de cassation déclare ce jugement nul, notamment *parcequ'il a été rendu par un tribunal sans pouvoir, puisqu'aucune loi n'attribue aux tribunaux criminels le droit de mettre provisoirement en liberté les individus qui sont condamnés à la prison, puisque le pouvoir attribué au directeur du jury, par l'art. 222 du Code des délits et des peines, et aux juges de paix, officiers de police judiciaire, par l'une des formules annexées à ce même Code* (1), *ne porte que sur les prévenus; et que, dès-lors, le tribunal criminel du département de la Dyle a DOUBLEMENT excédé les bornes de sa compétence, en se l'attribuant sur un condamné.* J'ajouterai aux motifs exprimés par le jugement du tribunal de cassation, que la loi en forme d'instruction, du 29 septembre 1791, accordait, par une disposition expresse, aux tribunaux criminels, le droit de mettre en liberté, sous caution, les accusés qui n'avaient pas obtenu cet avantage, soit de l'officier de police judiciaire, soit du directeur du jury; et que cette disposition ne se retrouvant pas dans le Code des délits et des peines, se trouve par cela même abrogée, aux termes de l'art. 594 ».]]

Observez que, lorsqu'il s'agit de procès instruit par le prévôt des maréchaux, l'accusé ne peut être élargi que par un jugement définitif. Voici ce que porte l'art. 17 du tit. 2 de l'ordonnance de 1670 : « L'accusé ne pourra être élargi, pour quelque cause que ce soit, avant le jugement de la compétence, et ne pourra l'être après, que par sentence du présidial en siége qui devra juger définitivement le procès »; — C'est-à-dire que, si le prévôt est déclaré incompétent, l'accusé pourra être élargi comme il peut l'être devant les juges ordinaires.

[[Aujourd'hui, les cours de justice criminelle et spéciale, qui remplacent, à certains égards, les juridictions prévôtales, peuvent, en se déclarant incompétentes, sur le fondement qu'il n'existe point de charges contre le prévenu, ordonner qu'il sera mis en liberté : mais, en ce cas, l'Elargissement du prévenu doit être différé jusqu'à ce que la cour de cassation ait confirmé l'arrêt d'incompétence. *V. Compétence*, §. 2, n. 15.

Pierre Chavaroche avait été, comme prévenu d'un crime de faux, traduit devant la cour de justice criminelle et spéciale du département du Cantal. — Cette cour, après s'être déclarée compétente, a prononcé sur l'accusation et en a déchargé Chavaroche; mais elle a sursis à son Elargissement, jusqu'à ce qu'il eût été statué par la cour de cassation sur l'arrêt de compétence. Le procureur général de cette cour s'est pourvu en cassation, sur le fondement qu'il y avait contradiction dans l'arrêt qui, tout à la fois déchargeait le prévenu et le retenait en prison. — Mais, par arrêt du 5 pluviose an 13 au rapport de M. Aumont, — « Attendu que la compétence de la cour criminelle spéciale du Cantal a été légalement jugée par son arrêt du 14 frimaire dernier; — Attendu que les arrêts définitifs des cours criminelles spéciales, ne devenant irrévocables que lorsque ceux par lesquels ces cours se sont déclarées compétentes, ont été confirmés par l'autorité supérieure, il n'y a aucune contradiction dans l'arrêt de la cour spéciale du Cantal, qui décharge le prévenu de l'accusation intentée contre lui; et néanmoins ne fait main-levée de sa personne, que sauf la confirmation de l'arrêt de compétence; — La cour déclare le procureur général impérial non-recevable et mal fondé dans son pourvoi ».]]

Pour ce qui concerne les Elargissemens définitifs, voici ce que porte l'art. 29 du tit. 13 de l'ordonnance de 1670 : « Tous greffiers, même de nos cours, et ceux des seigneurs, seront tenus de prononcer aux accusés les arrêts, sentences et jugemens d'absolution ou d'Elargissement, le même jour qu'ils auront été rendus; et s'il n'y a point d'appel par nos procureurs ou ceux des seigneurs dans les vingt-quatre heures, mettre les accusés hors des prisons et l'écrire sur le registre de la geole; comme aussi ceux qui n'auront été condamnés qu'en des peines pécuniaires, en consignant, ès mains du greffier, les sommes adjugées pour amendes, aumônes et intérêts civils, sans que, faute de paiement d'épices on d'avoir levé les arrêts, sentences et jugemens, les prononciations ou les Elargissemens puissent être différés; à peine contre le greffier d'interdiction, de trois cents livres d'amende, depens, dommages et intérêts des parties. Ne pourront néanmoins les prisonniers être élargis, s'ils sont détenus pour autre cause ».

L'article suivant ajoute : « Ne pourront les geoliers, greffiers des geoles, guichetiers et cabaretiers ou autres, empêcher l'Elargissement des prisonniers, pour frais de nourriture, gîte, geolage ou autre dépense ».

Il résulte de ces deux articles, — 1°. Que les sentences d'Elargissement doivent être d'abord communiquées à la partie publique, pour savoir si elle y

(1) Les juges de paix n'ont plus ce pouvoir. *V.* la loi du 7 pluviose an 9.

Digitized by Google

adhère, parceque si elle en interjette appel, les accusés ne peuvent plus être élargis; si au contraire elle y souscrit, les accusés sont aussitôt élargis, ou du moins doivent l'être dans les vingt-quatre heures; il n'est pas nécessaire que la sentence soit communiquée à la partie civile, parcequ'il n'est point au pouvoir de cette partie d'empêcher l'effet d'un jugement qui prononce une liberté définitive. Ce que prescrit l'ordonnance à cet egard, a été renouvelé par l'art. 27 d'un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 1er septembre 1717, pour les prisons des justices de son ressort; et ce règlement ajoute, qu'après les transcriptions faites par les greffiers criminels, du dispositif des sentences d'Élargissement sur le registre de la geole, le même jour qu'elles auront été rendues, *les greffiers des geoles ou les geoliers seront tenus d'en délivrer des extraits, lorsqu'ils en seront requis par les prisonniers.* — 2°. Que, quand la sentence prononce des condamnations pécuniaires, les prisonniers ne peuvent être élargis qu'en consignant le montant de ces condamnations. Mais lorsque ces prisonniers ne sont pas en état de payer, on ordonne quelquefois, sur la representation qu'ils peuvent faire à ce sujet, qu'ils seront élargis en donnant telle caution qu'ils pourront donner. (*V. Caution*). — 3°. Que s'il est dû quelque chose aux geoliers ou à d'autres personnes pour frais ou dépense faite dans la prison, ces frais ni cette dépense ne doivent point retarder l'Élargissement; sauf à ceux à qui il est dû, d'exercer leur action comme pour créance ordinaire; mais ils ont une préférence particulière sur les effets que les prisonniers avaient dans les prisons, suivant ce qui résulte de l'art. 23 du même titre de l'ordonnance.

[[Toutes ces dispositions sont abrogées; et il n'y a plus d'autres règles à observer en cette matière, que celles qui sont prescrites par le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4. Cela résulte de l'art. 594 de cette loi.

Ainsi, dans les procès de grand criminel, si le prévenu est acquitte par le jury d'accusation, le directeur du jury doit le faire mettre *sur-le-champ en liberté*. (*Art.* 254.)

Le même devoir est imposé au président de la cour de justice criminelle, si l'accusé est acquitté par le jury de jugement. (*Art.* 424.)

Mais si l'accusé est acquitte par arrêt, il doit être sursis à son Elargissement pendant le délai qui est accordé au ministère public pour se pourvoir en cassation, c'est-à-dire, pendant les vingt-quatre heures qui suivent la prononciation du jugement. (*Art.* 442.)

Il en est de même dans les affaires correctionnelles qui ont été portées par appel devant une cour de justice criminelle. (*Art.* 205 et 442.)

Mais le prévenu d'un délit correctionnel qui a été acquitté par un tribunal de première instance, sans avoir precedemment obtenu sa liberté provisoire sous caution, ne peut être elargi qu'après le délai dans lequel la loi permet d'appeler du jugement d'absolution. (*Art.* 194.) *V. Escroquerie.*]]

II. *En matière civile*, l'art 31 du tit. 13 de l'ordonnance de 1670 porte que les prisonniers « seront élargis sur le consentement des parties qui les auront fait arrêter ou recommander, *passé par-devant notaires*, qui sera signifié au geolier ou au greffier des geoles, sans qu'il soit besoin d'aucun jugement ».

Quand l'ordonnance parle d'un consentement donné devant notaire, c'est uniquement pour la sûreté du geolier, qui, ne connaissant point la signature des parties, pourrait être trompé si cette signature ne lui était point attestée par un notaire; car si d'ailleurs il etait assure de cette signature, quelle raison y aurait-il pour qu'il ne lui fut point permis de s'en contenter? Cependant, Jousse dit qu'une signature privée ne suffirait pas, a moins que le consentement ne fût suivid'une ordonnance du juge; mais il ne donne point la raison de son observation.

[[L'art. 800 du Code de procédure civile porte également que « le débiteur legalement incarcéré obtiendra son Elargissement, par le consentement du créancier qui l'a fait incarcérer, et du recommandant, s'il y en a »; et l'art. 801 ajoute que « le consentement à la sortie du débiteur, pourra être donné, soit devant notaire, soit sur le registre d'écrou ».]]

L'art. 32 du tit. 13 de l'ordonnance de 1670 porte que la même chose sera observee à l'égard de ceux qui auront consigné entre les mains du geolier ou du greffier de la geole les sommes pour lesquelles ils seront détenus. *Voulons*, y est-il dit, *qu'ils soient mis hors des prisons, sans qu'il soit besoin de le faire ordonner.* Mais observez que cette consignation doit être signifiée au créancier, non pour obtenir l'Elargissement qui doit avoir lieu tout de suite après la consignation, mais pour empêcher qu'il ne soit reconstitue prisonnier par ce creancier qui ignorerait la consignation.

Le prisonnier pour dettes a la même faveur que le prisonnier pour crime; c'est-à-dire, qu'il ne peut être retenu un instant de plus pour frais de nourriture, de consignation, de gîte, de geole, etc.

[[L'art. 800 du Code de procédure civile est plus severe. Il veut que pour obtenir son Elargissement par le moyen dont il s'agit, le débiteur consigne entre les mains du geolier, non seulement « les sommes dues tant au creancier qui l'a fait emprisonner qu'au recommandant, et les intérêts échus, les frais liquidés et ceux d'emprisonnement », mais encore de quoi fournir à « la restitution des alimens consignés ».

Une autre cause d'Elargissement du prisonnier pour dettes, est le défaut de consignation de la somme réglée pour ses alimens. *V. Alimens*, §. 6.

Le bénéfice de cession est aussi, hors les cas exceptés par la loi, une cause légitime et nécessaire d'Elargissement. *V. Cession de biens.*]]

Un prisonnier pour dettes peut encore demander sa liberté, lorsqu'il est atteint d'une maladie, qui, par un séjour habituel dans les prisons, pourrait lui être fatale. La détention dans les prisons est pour punir, jusqu'à un certain point, l'incondnite d'un débiteur, et pour le forcer par-là à user des ressources qu'on présume qu'il a et qu'il cache à son

Digitized by Google

créancier ; mais lorsque cette détention ne peut avoir lieu plus long-temps sans mettre sa vie en danger, il serait alors contre l'humanité de favoriser la tyrannie d'un créancier qui voudrait le retenir captif jusqu'à la mort. Lorsque la maladie est certaine, ou que même, sans qu'il y ait une maladie marquée, il est attesté que le prisonnier est d'un tempérament si débile qu'une détention habituelle pourrait lui abréger ses jours, sur le certificat de médecins ou de chirurgiens commis à cet effet, il est dans le cas d'obtenir sa liberté. C'est ainsi qu'au parlement de Paris elle fut accordée, le 12 juin 1762, à un particulier attaqué de maladies auxquelles le séjour des prisons pouvait être fatal. Ce particulier, à la vérité, avait demandé sa liberté pour se faire traiter chez lui, en donnant caution de se réintégrer après sa guérison; mais M. Séguier, avocat général, portant la parole dans cette affaire, observa que quand ce particulier n'aurait point offert de donner caution, son Elargissement n'en devrait pas moins avoir lieu, parceque la conservation d'un citoyen était au-dessus de toute la faveur que pouvait mériter un créancier; mais que puisqu'il avait offert de donner cette caution, rien n'empêchait de l'y assujettir.

[[Le Code de procédure civile est muet sur ce cas, et la loi du 15 germinal an 6 l'était comme lui: il semble, d'après cela, que tout ce que pourraient faire les juges, si ce cas se présentait, serait d'autoriser la translation du prisonnier pour dettes dans un hospice. Voyez ce que règle pour le même cas, en matière criminelle, l'art. 15 de la loi du 4 vendémiaire an 6.]]

Lorsque les prisonniers pour dettes ont atteint l'âge de soixante et dix ans, ils sont en droit de demander leur liberté; mais leur demande en ce cas n'est admissible que pour les dettes purement civiles. *V. Contrainte par corps.* (*M. Direau.*)*

[[La loi du 15 germinal an 6, tit. 3, art. 18, voulait encore que le prisonnier pour dettes fût élargi, « par le paiement du tiers de la dette, et une caution pour le surplus consentie par le créancier, ou regulièrement jugée par le tribunal qui a rendu le jugement d'exécution; — de plein droit, par le laps de cinq années consécutives de détention ».

Mais ces dispositions sont abrogées par l'art. 1041 du Code de procédure civile.]]

[[ELBE (Ile d'). C'est une île de la Mediterranée qui a été réunie au territoire de la France par le sénatus-consulte du 8 fructidor an 10.

Cette île et celles de Capraja, de la Pianosa, de Paluasola et de Montecristo qui en sont voisines, est administrée par un *commissaire général* et par un *conseil*.

L'arrêté du gouvernement, du 22 nivose an 11, contient là-dessus les dispositions suivantes :

« Art. 2. Le commissaire général correspondra avec les ministres dans l'ordre de leurs attributions et selon la nature des affaires.

» 3. Il sera chargé en chef, sous leur direction respective, de l'administration générale de l'île d'Elbe.

» 4. L'administration est réglée par les lois de la république. Toutefois elles ne seront exécutoires que du jour de leur publication dans l'île, ainsi qu'il sera dit au tit. 8, sect. 3 (1).

» 5. Le commissaire-général pourra suspendre provisoirement les fonctionnaires publics de l'île dans l'ordre administratif et judiciaire; à la charge d'en rendre compte sans délai aux ministres, suivant le département du ministère auquel le fonctionnaire suspendu appartiendra.

» 6. Le commissaire-général exercera toutes les fonctions attribuées par les lois aux préfets de département, indépendamment de celles qui lui sont attribuées ci-après.

» 7. Il y aura un secrétaire-général nommé par le premier consul (aujourd'hui l'Empereur); ses fonctions seront les mêmes que celles des secrétaires-généraux des départemens.

» 8. Il y aura dans l'île d'Elbe un conseil composé de cinq membres qui portera le nom de *conseil d'administration*. — Ils seront nommés par le premier consul (aujourd'hui l'Empereur), sur la présentation d'un nombre double, qui sera faite par le collège électoral, de la manière qui sera expliquée ci-après.

» 9. Les fonctions de ce conseil seront, 1°. Toutes celles qui sont attribuées aux conseils d'arrondis-

(1) L'art. 66, qui est le premier de la sect. 3 du tit. 8, porte que « le commissaire général sera chargé par le gouvernement, de publier les lois et articles des lois de la République qui devront être exécutés dans l'île d'Elbe ».

Mais ce mode de promulgation a été changé par le Code Napoléon. C'est ce qu'explique un avis du conseil d'état du 23 fructidor an 13, qui a été approuvé par l'Empereur le 26 du même mois, et qui est ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui d'après le renvoi fait par Sa Majesté l'Empereur et Roi, a entendu le rapport de la section de législation sur celui du grand-juge ministre de la justice, tendant à faire décider si, pour l'exécution des lois, on se conformera dans l'île d'Elbe, à l'art. 1er du Code civil, ou si l'on continuera à n'y exécuter que les lois qui y seront publiées, d'après les ordres qu'en recevra le commissaire général, conformément à l'art. 66 de l'arrêté du 22 nivose an 11; — Considérant que l'île d'Elbe fait partie du territoire français; que, quoiqu'elle soit assujettie à un régime particulier d'administration, cependant le Code civil y a été publié, et y est exécutoire à compter du 26 brumaire dernier; que dès-lors il ne peut plus y avoir pour l'île d'Elbe de mode particulier de publication des lois, sauf à Sa Majesté de déclarer, par exception, lorsqu'il y aura lieu, les lois qu'elle ne jugera pas applicables à cette contrée; que cependant l'île d'Elbe n'avait pas été comprise dans le tableau du 25 thermidor an 11 (*V. Lois*), qui détermine l'époque à laquelle la promulgation des lois les rend exécutoires dans les divers départemens; en sorte qu'on ne sait pas de quel jour les lois à venir y seront exécutoires; — Est d'avis que, jusqu'à présent, il n'y a d'exécutoire dans l'île d'Elbe que les lois qui y ont été publiées; — Que le mode particulier de publication cessant, il y a lieu de régler, par un décret, le jour où, conformément à l'art. 1er du Code civil, la promulgation des lois y sera réputée connue et les lois en exécutoires, et que l'on pourrait exécuter pour l'île d'Elbe le même délai que pour l'île de Corse ».

Digitized by Google

semens communaux, pour la répartition des impositions directes entre les communes, par la loi du 28 pluviose an 8. — 2°. Toutes celles qui sont attribuées aux conseils généraux de département, par la même loi, hors la répartition des contributions entre les arrondissemens. — 3°. Toutes celles qui sont attribuées aux conseils de préfecture de département.

» 10. Ce conseil sera présidé par le commissaire général.

» 11. En cas d'absence ou empêchement, la présidence sera déférée à un des membres du conseil, désigné par le premier consul (aujourd'hui l'Empereur), qui portera le titre de vice-président du conseil.

» 12. Le secrétaire général tiendra la plume aux séances du conseil, et enregistrera toutes ses décisions.

» 13. Deux huissiers nommés par le commissaire général feront le service du conseil ».

Les articles suivans du même arrêté déterminent le nombre et la composition des municipalités, l'organisation de la justice et de la police, des finances, de l'instruction publique, du culte, de la guerre et de la marine, des prud'hommes-pêcheurs, des assemblées de canton et des collèges électoraux.

L'ordre judiciaire de l'île d'Elbe est réglé définitivement par le décret impérial du 22 fructidor an 13.

Suivant l'art. 4 de ce décret, les juges de paix, indépendamment des attributions qui leur sont communes avec ceux des autres parties de la France, connaissent « des affaires de commerce en dernier ressort jusqu'à la valeur de 100 francs, et à charge d'appel, jusqu'à la valeur de 500 francs ».

Par l'art. 6, le tribunal de première instance ressortit, en matière civile, à la cour d'appel de Gênes; et en matière correctionnelle, à la cour de justice criminelle de la même ville.

L'art. 7 établit dans l'île d'Elbe un tribunal criminel qui est composé du président et de deux juges du tribunal de première instance, de trois militaires ayant au moins le grade de capitaine, et de deux citoyens ayant les qualités requises pour être juges, choisis par l'Empereur parmi les habitans de l'île.

L'art. 8 ajoute : « Ce tribunal connaîtra de tous les délits emportant peine afflictive ou infamante, autres que ceux qui sont de la compétence des tribunaux militaires de terre ou de mer. — La poursuite, l'instruction et le jugement auront lieu conformément aux dispositions de la loi du 18 pluviose an 9, sans néanmoins qu'il soit besoin d'un jugement préalable de compétence, mais sans préjudice du recours en cassation ». *V. Compétence*, §. 2, n. 13.]]

[[ELECTEUR (*grand*). C'est le titulaire de l'une des grandes dignités de l'empire français, créées par le sénatus-consulte du 28 floréal an 12.

L'art. 39 de cette loi détermine ainsi les attributions de cette dignité :

« Le Grand-Electeur fait les fonctions de chancelier, 1°. pour la convocation du corps législatif, des collèges électoraux et des assemblées de canton; 2°. pour la promulgation des sénatus-consultes portant dissolution, soit du corps législatif, soit des collèges électoraux.

» Le Grand-Electeur préside, en l'absence de l'Empereur, lorsque le sénat procède aux nominations des sénateurs, des législateurs et des tribuns.

» Il peut résider au palais du sénat.

» Il porte à la connaissance de l'Empereur les réclamations formées par les collèges électoraux ou par les assemblées de canton, pour la conservation de leurs prérogatives.

» Lorsqu'un membre d'un collège électoral est dénoncé conformément à l'art. 21 du sénatus-consulte organique du 16 thermidor an 10, comme s'étant permis quelque acte contraire à l'honneur ou à la patrie, le Grand-Electeur invite le collège à manifester son vœu. Il porte le vœu du collège à la connaissance de l'Empereur.

» Le Grand-Electeur présente les membres du sénat, du conseil d'état, du corps législatif et du tribunat, au serment qu'ils prêtent entre les mains de l'Empereur.

» Il reçoit le serment des présidens des collèges électoraux de département et des assemblées de canton.

» Il présente les députations solennelles du sénat, du conseil d'état, du corps législatif, du tribunat et des collèges électoraux, lorsqu'elles sont admises à l'audience de l'Empereur ».

Le décret impérial du 30 mars 1806, qui confère le royaume de Naples au prince JOSEPH-NAPOLÉON, *Grand-Electeur de France*, porte que « Le roi de Naples sera à perpétuité grand dignitaire de l'empire, sous le titre de *Grand-Electeur;* nous réservant toutefois (ajoute-t-il), lorsque nous le jugerons convenable, de créer la dignité de *prince vice-Grand-Electeur* ».

D'après cette réserve, l'Empereur a rendu, le 9 août 1807, un décret par lequel « le prince de Bénévent, ministre des relations extérieures, est nommé vice-Grand-Electeur ». — V. *Dignités de l'empire.*]]

[[ÉLECTION. Ce terme, dans son acception la plus commune, désigne le choix que plusieurs personnes réunies font d'une personne, soit pour remplir une place dont la nomination leur appartient collectivement, soit pour être présentée avec d'autres à l'autorité qui est investie du droit de nommer à cette place sur une liste de candidats.

I. Ainsi, le sénat nomme par Election la majeure partie de ses membres, tous ceux du corps législatif, et les juges de la cour de cassation. V. *Corps législatif, Cour de cassation* et *Sénat.*

Ainsi, chacune des quatre classes de l'institut de France nomme par Election aux places qui viennent à vaquer dans son sein. *V.* l'arrêté du gouvernement du 3 pluviose an 11.

Ainsi, les assemblées de canton nomment par Election les membres des collèges électoraux, soit

Digitized by Google

de département, soit d'arrondissement. V. *Assemblée*, §. 1.

Ainsi, les collèges électoraux nomment par Election les candidats au sénat, au corps législatif, aux conseils généraux de département et aux conseils d'arrondissement.

Ainsi, avant le sénatus-consulte du 16 thermidor an 10, les citoyens de chaque canton nommaient par Election les *notables communaux*, les *notables départementaux* et les *notables nationaux*, parmi lesquels devaient être pris les fonctionnaires publics de chaque arrondissement, de chaque département et de l'état entier.

II. La manière de procéder aux Elections dans les assemblées de canton et dans les collèges électoraux, est réglée, pour les uns, par le décret impérial du 17 janvier 1806; et pour les autres, par le décret impérial du 13 mai suivant.

L'art. 19 de ce dernier réglement a fait naître une difficulté sur laquelle il a été prononcé en ces termes, par un avis du conseil d'état du 16 décembre 1806, que l'Empereur a approuvé le 25 janvier 1807:

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté l'Empereur et Roi, a entendu le rapport de la section de l'intérieur sur celui du ministre de ce département, établissant la question suivante: *Pour établir la majorité absolue dans un collège électoral, faut-il compter le nombre entier des individus qui ont voté, ou seulement le nombre des votes valables qui ont été émis par les votans?* — Par exemple, lorsque le nombre des membres du collège électoral est de deux cent quarante en tout, qu'il y a cent trente présens inscrits sur la liste des votans, mais que sur les cent treute votes il y en a douze blancs ou nuls, la majorité doit-elle être établie sur les cent trente et être de soixante-six, ou sur les cent dix-huit restans après les douze votes nuls, et être de soixante? — Est d'avis que la majorité doit être établie sur le nombre des votes valables d'après la décision du bureau, et non sur le nombre des votans, pourvu que le nombre des votes soit toujours au-dessus de la moitié de celui des membres du collège électoral, faute de quoi il n'y aurait pas d'Election ».

III. Peut-on, sans une autorisation préalable du gouvernement, poursuivre devant les tribunaux un officier d'une assemblée électorale, à raison des délits dont il peut s'être rendu coupable dans l'exercice de ses fonctions? Voici un arrêt de la cour de cassation qui juge pour la négative.

Le sieur Saint, de Dôle, département du Jura, n'ayant pas vu son nom sur la liste communale de l'an 9, s'en est pris au sieur Saget, l'un des scrutateurs; et il a cru trouver, dans les procès verbaux mêmes des élections, la preuve que le sieur Saget avait, par de mauvaises voies, écarté les suffrages de sa personne. En conséquence, il a cité le sieur Saget devant le juge de paix du canton de Montmirey-le-Château. — Le sieur Saget a décliné la juridiction du juge de paix. Mais celui-ci, considérant qu'il s'agissait uniquement de réparation d'injures, et non de réformation de liste, s'est déclaré compétent, et a prononcé conformement aux conclusions du sieur Saint. — Le sieur Saget ne s'est pas pourvu contre ce jugement; mais le ministère public l'a attaqué d'office; et le 11 nivose an 10, arrêt, au rapport de M. Bailly, qui, — « Vu les art. 21 et 75 de la constitution; l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790; l'art. 1 du tit. 3 de la même loi; l'art. 77 de la loi du 27 ventose an 8; — Considérant que la prétendue injure de laquelle Saint se plaignait ne pouvait être que le résultat de la nullite de la liste des notables communaux de l'arrondissement; nullite qui n'etait point jugée, et qui ne pouvait l'être que par l'autorité à laquelle la loi en a délégué le droit, laquelle autorité est étrangère à l'ordre judiciaire; — Considérant qu'en dépouillant le scrutin, et en signant la liste de laquelle il s'agissait, Saget avait fait une opération administrative, pour raison de laquelle la loi défendait à tous juges de le citer devant eux; — Considérant qu'en supposant que Saget eût prévariqué dans cette opération, cela ne pouvait donner à aucun tribunal le droit d'adjuger les réparations civiles que cette prévarication aurait été dans le cas de produire, qu'après une decision du conseil d'état, décision qui n'existait pas dans l'espèce; — Considérant que, dans l'hypothèse même de cette décision, il s'agissait d'une prétendue *injure écrite*, qui n'est point de la competence des justices de paix; — Considerant encore que le pourvoi en cassation, dont Saget a declaré vouloir faire usage, était fondé sur incompétence et excès de pouvoir; — Casse et annulle le jugement de la justice de paix... »

C'est ce qu'a encore jugé un arrêt du 3 nivose an 11, qui est ainsi conçu:

« Le commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation expose que son ministère lui impose le devoir de requérir l'annullation de quatre jugemens rendus le 8 messidor an 10 par le tribunal de police du canton rural de Valenciennes, département du Nord.

» Par exploit du 25 prairial an 10, les cit. A. et D. avaient fait assigner devant ce dernier tribunal le cit. Wery, maire de la commune de Saint-Saulve, « pour se voir condamner à déclarer publiquement et à l'audience, qu'à tort et malicieusement il avait dit en présence de plusieurs citoyens qui allaient chez lui pour voter: *Quoi! vous allez porter dans vos bulletins un A., un D., qui sont les ennemis jurés du gouvernement!* lui faire défense de récidiver à l'avenir, à payer 45 liv. de dommages-intérêts, etc.

» Le cit. Wery, comparaissant sur cette assignation, a dit, que de l'aveu même des demandeurs, il avait tenu des propos dont ils se plaignaient, à des citoyens qui allaient chez lui pour voter; qu'il exerçait alors les fonctions de directeur de scrutin; que dans l'exercice de ses fonctions, il n'avait rien dit

Digitized by Google

ni rien fait que de conforme aux instructions qu'il avait reçues du préfet; que si les demandeurs prétendaient qu'il s'en fût écarté, c'était au préfet qu'ils devaient se plaindre ». — En conséquence, et s'appuyant sur l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790, il a conclu à ce que le tribunal de police se déclarât incompétent.

» Par deux jugemens du 8 messidor an 10, rendus, l'un en faveur du cit. A., l'autre en faveur du cit. D., le tribunal de police a rejeté l'exception déclinatoire proposée par le cit. Wery, et a ordonné qu'il serait plaidé au fond.

» Et le même jour, après avoir entendu plusieurs témoins qui, par leurs dépositions, ont clairement constaté que c'était dans l'exercice des fonctions de directeur de scrutin, que le cit. Wery avait proféré à plusieurs reprises les paroles dont on lui demandait réparation, le même tribunal a rendu au fond deux autres jugemens qui ont déclaré *que le cit. Wery était dans le cas du §. 4 de l'art.* 605 *du Code des délits et des peines*, et l'ont condamné à l'amende de trois journées de travail.

» Le cit. Wery ayant, par mégarde, laissé écouler, sans se pourvoir en cassation contre ces jugemens, le délai déterminé à cet effet par la loi, a pris le parti de les dénoncer à l'exposant.

» Et l'exposant n'a pas eu de peine à y reconnaître une violation manifeste des règles de la compétence judiciaire, un excès de pouvoir monstrueux.

» Il est constaté par les jugemens même dont il s'agit, que c'est en exerçant des fonctions absolument indépendantes du pouvoir judiciaire, que le cit. Wery a tenu les propos qui ont donné lieu aux poursuites des cit. A. et D.

» Que le cit. Wery ait exercé ces fonctions selon les ordres qu'il avait reçus du préfet, ou qu'il ait excédé, en s'en acquittant, les instructions qui lui avaient été données; qu'il en ait abusé, si l'on veut, pour outrager deux citoyens; — Toujours est-il constant que c'est pour raison de la manière dont il les avait remplies, qu'il a été cité devant le tribunal de police.

» Or, cela seul devait empêcher le tribunal de police de se déclarer compétent; cela seul devait lui interdire toute connaissance des prétendues injures dont on lui portait plainte, jusqu'à ce que l'autorité administrative supérieure lui en eût fait le renvoi.

» C'est ce qu'a décidé, dans un cas semblable, un jugement du tribunal de cassation, du 17 fructidor an 9, rendu sur rapport du cit. Sieyes: — « Considérant (y est-il dit) que le cit. Dastegnet, se plaignant que Vital Poudio l'avait injurié, dans son opinion émise dans l'assemblée communale convoquée par le sous-préfet, pour des objets administratifs, et par conséquent dans l'exercice de ses fonctions publiques administratives, le tribunal de police ne pouvait accueillir la plainte de la citation, que l'autorité administrative supérieure n'en eût ordonné le renvoi par-devant les tribunaux de justice, conformément à l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790, — Par ces motifs, le tribunal, faisant droit sur le pourvoi de Vital Poudio, casse et annulle le jugement rendu le 18 messidor dernier....., *pour excès de pouvoir.*

» A ces causes, l'exposant requiert qu'il plaise au tribunal de cassation, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790, et le §. 6 de l'art. 456 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, casser et annuller, pour l'intérêt de la loi, les quatre jugemens rendus, le 8 messidor an 10, par le tribunal de police du canton rural de Valenciennes, entre les cit. A. et D., d'une part, et le cit. Wery, de l'autre; ordonner qu'à la diligence de l'exposant, le jugement de cassation à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal, en marge des jugemens annullés.

» Fait au parquet, le 21 frimaire an 11. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de Durand Borel....;

» Vu l'art. 13 du tit. 2 du décret du 16 août 1790, sur l'organisation judiciaire; — Vu la sixième disposition de l'art. 456 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4;—Attendu que les injures verbales dont se plaignaient les demandeurs dans l'instance portée devant le juge de paix du canton rural de Valenciennes, étaient imputées à un citoyen exerçant alors les fonctions de directeur de scrutin, et comme débitées à des citoyens qui allaient chez lui pour y voter; que ce caractère de la prévention et le déclinatoire proposé *in limine litis* par ce fonctionnaire, imposaient au dit juge, composant le tribunal de police, le devoir de prononcer son incompétence, et de renvoyer les demandeurs à se pourvoir devant l'autorité administrative; qu'au contraire, en faisant abstraction des fonctions exercées par le prévenu, fonctions dont la citation démontre elle-même l'exercice, et en traduisant, sans autorisation préalable du gouvernement, devant un tribunal de police, un fonctionnaire public, pour raison de délit prétendu commis dans ses fonctions administratives, il a commis une usurpation de pouvoir;

» Le tribunal, faisant droit, en vertu de l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, sur le réquisitoire du commissaire du gouvernement, sans que les parties puissent se prévaloir de la cassation ci-après, pour éluder les dispositions des jugemens ci-après datés et énoncés, casse et annulle les quatre jugemens rendus, le 8 messidor dernier, par le tribunal de police du canton rural de Valenciennes, sur la demande des cit. A. et D., contre le cit. Wery....»

IV. A quelle autorité appartient la connaissance des réclamations dirigées contre les opérations relatives aux Elections des juges de paix? Voici ce que décide là-dessus un arrêté du gouvernement, du 24 vendemiaire an 11.

« Les consuls de la république, sur le rapport du ministre de la justice, touchant la question de savoir à qui est devolue la connaissance des réclamations dirigées contre les opérations relatives aux Elections des juges de paix; — Considérant que

Digitized by Google

l'arrêté du 19 thermidor dernier, pris en exécution du sénatus-consulte du 16 du même mois, dispose (art. 10) que, dans le cas prévu par cet article, les opérations des assemblées électorales seront recommencées, si le gouvernement l'ordonne; d'où il résulte que la confirmation ou l'annullation des opérations attaquées appartient au gouvernement, et que cette attribution, à lui faite sans distinction, des nominations critiquées, embrasse, dans le dernier état de la législation, les opérations relatives aux Elections des juges de paix, comme toutes autres; — Le conseil d'état entendu, arrêtent ce qui suit : Toutes difficultés relatives à la validité des Elections des juges de paix et de leurs suppléans, celles même qui seraient antérieures au sénatus-consulte du 16 thermidor an 10, seront décidées par le gouvernement en conseil d'état».]]

* ÉLECTION (*Ordre judiciaire*). C'est une juridiction royale subalterne, qui juge en première instance de la plupart des matières dont les cours des aides connaissent par appel. On appelle *élus*, les officiers qui composent cette juridiction.

Les élus ont une origine commune avec les généraux des aides. Leurs noms d'*élus* vient de ce que, dans l'origine, ils furent établis par voie d'Election. Ils étaient chargés du détail des impositions, et du soin d'en faire l'assiette et la levée dans les paroisses. En 1373, Charles V établit deux élus dans chaque ville capitale ou épiscopale. Il régla leurs fonctions par son ordonnance de 1374, et confirma leur établissement par un édit du mois de novembre 1379.

En 1383, Charles VI augmenta le nombre des élus dans chaque siège. Et Charles VII, par son ordonnance de 1452, créa de nouveaux sièges d'Election, que Louis XII confirma en 1500 dans leurs privilèges.

En 1543, François Ier créa des élus particuliers dans les lieux où les élus en chef avaient des commis. Ces élus particuliers furent établis dans les villes et bourgs éloignés de plus de six lieues du siège d'une Election en chef. Cet établissement fut confirmé et augmenté par les édits de mars 1587 et de janvier 1598. Les mêmes élus furent ensuite supprimés et rétablis par deux édits de décembre 1627 et de décembre 1634, et enfin totalement supprimés et réunis aux Elections en chef, par les édits d'août 1681 et de janvier 1685, à l'exception de quelques Elections particulières, telles que celles de Pontoise et de Sainte-Menehoult qui furent alors réservées, et qui depuis ont été érigées en Elections en chef.

Les Elections connaissent des tailles, des aides, et des autres impositions ou subsides.

Elles connaissent aussi des contraventions aux réglemens concernant la formule et la distribution des papiers et parchemins timbrés.

Ces tribunaux connaissent encore des affaires contentieuses qui concernent la ferme du tabac et les octrois des villes, tant au civil qu'au criminel, et même des émeutes populaires et rebellions d'habitans arrivées à l'occasion des impositions dont il s'agit. (M. Guyot.)*

[[Les Elections ont été supprimées par la loi du 7 septembre 1790. V. *Contributions publiques*, *Douanes*, *Droits réunis*, *Enregistrement*, *Sel*, *Tabac* et *Timbre*.]]

* ELECTION D'AMI. On appelle *clause d'Election d'ami*, celle par laquelle l'acquéreur d'un immeuble féodal ou censuel, se réserve la faculté de le rétrocéder à un ami élu ou à élire.

Quoique les droits seigneuriaux soient très légitimes puisqu'ils sont le prix de la chose qui en est grevée, cependant les jurisconsultes ont toujours montré une sorte d'affectation à les restreindre; et les tribunaux subjugués par leur autorité, jugent pour l'ordinaire dans le même esprit.

C'est par une suite de l'opinion que les droits seigneuriaux ont quelque chose de défavorable, qu'on admet les clauses *d'Election d'ami*, et qu'on affranchit du droit de quint et de lods, la rétrocession à un tiers, toutes les fois que l'acquéreur a declaré dans le contrat d'acquisition qu'il acquerait pour lui ou pour un ami élu ou à elire.

Cette jurisprudence est fort ancienne. Elle avait lieu dès le temps de Jean Faber qui en parle comme d'un droit généralement reçu; en observant néanmoins qu'il est contraire aux vrais principes, *contra juris rationem*. Cette jurisprudence contredit en effet la maxime fondamentale en cette matière, qu'il est dû des droits au seigneur toutes les fois que le fief change de main.

Quoi qu'il en soit, la clause d'Election d'ami est aujourd'hui autorisée par une multitude d'arrêts et par le suffrage unanime des auteurs.

Dumoulin et d'Argentrée sont les premiers qui aient développé ce point de jurisprudence. On voit qu'ils en pensaient à peu près comme Jean Faber par les restrictions dont ils ont pris soin de modifier cette faculté.

Voici d'abord les principes de Dumoulin. Si l'acquéreur déclare dans le contrat qu'il achète pour telle personne qu'il voudra choisir, qu'ensuite il recède le fief à un tiers qui lui rembourse le prix qu'il a payé au vendeur, il n'est dû qu'un droit de quint, parceque l'acheteur n'ayant point acheté sous son nom, il n'y a réellement qu'une vente. Il est vrai qu'il n'a point nommé celui au nom duquel il achetait, mais le mandant pour être inconnu n'en existait pas moins. Il n'en serait pas de même, ajoute notre auteur, si celui auquel l'acquéreur recède le fief, n'était ni né ni conçu au temps de l'acquisition, si à cette époque il était inconnu à l'acquéreur, s'il était incapable de posséder le fief, ou enfin si l'acquéreur avait longtemps joui du fief en son nom. *Sur l'art.* 33 *de la coutume de Paris.*

Telles sont les restrictions que Dumoulin met à la faculté de choisir un ami. D'Argentrée, *de Laudimiis*, §. 21, voyait la chose d'un œil encore plus sévère. Il convenait avec Dumoulin que la faculté d'élire un ami, insérée dans un contrat, pouvait

Digitized by Google

affranchir des lods la rétrocession du fief; mais si le mandant n'est pas dénommé dans l'acte, il y aura, disait-il, double droit de lods, à moins que l'acquéreur ne justifie d'un mandat antérieur: *nisi de anteriori mandato emptor docuerit et celeriter post emptionem declaraverit alieno nomine factam; alioquin facillimè fraudes confingi possent in damnum dominorum feudalium.*

Ces auteurs exigent, comme l'on voit, le concours de plusieurs circonstances pour l'affranchissement des lods. Si le mandant n'est pas nommé dans l'acte, il faut, suivant d'Argentrée, que l'acquéreur justifie d'une procuration antérieure, et même qu'il fasse cette justification *très promptement*. Au moins faut-il, suivant Dumoulin, qu'au temps de l'acquisition l'acquéreur ait connu celui au profit duquel il a fait depuis sa déclaration.

Ces modifications, sur-tout celle de Dumoulin paraissent puisées dans la plus exacte justice: elles ont au moins l'avantage d'écarter la fraude, et c'est un très grand point. Il semble donc qu'on aurait dû s'attacher irrévocablement à l'opinion de ces deux grands jurisconsultes; mais ceux qui les ont suivis ont pensé bien différemment. Ils ont unanimement rejeté le mandat antérieur qu'exigeait d'Argentrée. A l'égard de Dumoulin ils prétendent qu'il a mal saisi le principe de cette matière: « il a cru qu'il fallait pour donner lieu à une véritable Election d'ami, que les choses fussent dans les termes où l'on pût présumer un mandat verbal de la part de celui en faveur duquel a été faite l'Election d'ami; au lieu que le principe sur lequel l'Election d'ami a été établie, c'est qu'il suffit qu'il paraisse que l'adjudicataire n'a pas eu dessein d'acquérir pour lui-même». Ce sont les termes de l'annotateur du *Traité des droits seigneuriaux* de Bontaric, §. 2, n. 20.

Telle est aujourd'hui l'opinion régnante. On tient universellement que la retrocession est affranchie des lods, toutes les fois qu'il paraît que l'intention de l'acquéreur n'était pas d'acheter pour lui-même. On ne va pas plus loin, il ne faut plus de mandat antérieur, il n'est pas même nécessaire qu'il y ait lieu de le présumer. En un mot, on ne permet plus aux seigneurs de mettre en question, si celui au profit duquel la déclaration est faite, était connu de l'acquérrur à l'instant du contrat.

Cependant, quelque faveur qu'on ait voulu donner aux Elections d'ami, il n'était pas possible d'abandonner entièrement l'intérêt des seigneurs. En conséquence on a établi plusieurs règles dont l'objet est de les mettre, au moins en partie, à l'abri des fraudes de leurs vassaux. Voici ces règles:

1°. Lorsque l'acquéreur a pris saisine et payé les lods en son nom et sans réserve, inutilement ferait-il ensuite sa déclaration au profit d'un tiers; non seulement le seigneur est fondé à conserver ce qu'il a reçu, mais il peut demander un second droit au cessionnaire.

2°. Il est dû double droit de lods toutes les fois que l'acquéreur a fait dans l'intervalle du contrat à la déclaration, un ou plusieurs actes qui annoncent qu'il se regardait comme propriétaire. Mais quels sont ces actes? cela dépend beaucoup de la prudence du juge. On est d'accord de ne pas envisager comme actes de propriété la perception des fruits et la réparation des édifices. Mais si l'acquéreur impose des servitudes ou les éteint; s'il demolit des bâtimens, s'il abat les futaies, s'il fait des baux à ferme qui s'etendent au-delà d'une année, s'il vend des parties de l'immeuble acquis, lorsque l'aliénation n'est pas faite dans les termes d'une Election d'ami, *dans tous ces cas*, dit l'annotateur de Bontaric, *l'adjudicataire est censé s'être rendu la vente propre et avoir fait son choix pour lui-même.*

3°. On exige pour l'affranchissement des lods, que la rétrocession se fasse purement et simplement, *qu'elle ne renferme ni un prix différent ni des conditions différentes de celles qui sont portées au contrat d'acquisition* (Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, chap. 5); *Que la déclaration ne contienne qu'une simple nomination du véritable acquéreur sans nouvelle convention et sans que le prix soit augmenté ni diminué; autrement ce serait un nouveau contrat.* Harcher, *Traité des fiefs*, chap. 2. sect. 4.)

4°. Il n'est pas nécessaire que la déclaration soit faite au profit d'un seul. Les auteurs modernes donnent à l'acquéreur la facilité de choisir autant de cessionnaires qu'ils le jugent à propos. Il peut également faire entr'eux une ventilation arbitraire de prix, mais toujours sous la modification de la règle précédente, c'est-à dire, qu'il ne peut retirer aucune espèce de bénéfice de ces arrangemens, et qu'il ne peut prendre de ces différens cessionnaires que la somme portée dans son contrat d'acquisition. *Pourvu qu'il ne revienne point de profit à l'adjudicataire, il lui est libre de départir à son gré le prix total de l'adjudication entre ceux qu'il nomme.* (L'annotateur de Boutaric.)

Si l'acquéreur réserve pour lui une partie de l'immeuble, il est le maître d'y mettre le prix qu'il juge à propos, fût-il bien inférieur à la valeur de la chose; du moins quelques auteurs lui donnent cette faculté. *Si l'acquereur qui a dit acheter pour lui ou pour un autre qu'il nommera dans l'an, en tout ou en partie, fait ensuite sa déclaration au profit d'un ou de plusieurs particuliers, il peut, en ce cas, faire arbitrairement la ventilation des choses qu'il cède et de celles qu'il retient, et fixer le prix de chaque portion.* (Livonnière, *Traité des fiefs*, liv. 3, ch. 4, sect. 5). *Cela n'empêche pas que l'acquéreur qui a acquis pour lui et qui a fait sa déclaration au profit d'un ou de plusieurs particuliers pour certaines portions, ne puisse, par l'acte de déclaration, fixer le prix des choses qu'il retient et de celles qu'il cede.* Harcher, *loco citato*).

On ne peut pas se dissimuler que cette faculté est contraire à la règle fondamentale qui veut que les déclarations d'ami se fassent dans les termes d'une cession pure et simple, sans aucun benefice pour l'acquéreur. Mais si l'on veut porter la condescendance jusque-là, au moins faut-il qu'il y

Digitized by Google

ait réellement un prix quelconque pour la partie reservée, en sorte qu'il doit y avoir double droit de lods, toutes les fois que le prix des parties cédées excède et même égale celui du contrat d'acquisition.

Il ne reste plus qu'à examiner si l'acquéreur peut stipuler un délai arbitraire pour faire sa déclaration.

Un point universellement reçu, c'est que ce délai ne peut pas excéder l'année. Mais est-il bien vrai que l'acquéreur puisse se réserver un an entier pour faire sa déclaration? Il existe, à cet égard, une variété d'opinions qui ne permet pas de donner une solution précise. Des auteurs dont le suffrage n'est pas, à beaucoup près, sans autorité, tiennent pour le délai d'un an. C'est l'avis de Dupineau, observations sur l'art. 156 d'Anjou. *L'usage a fixé ce terme à un an* (Livonnière, *loco citato*). *Ce délai ne peut être de plus d'un an* (Harcher). *La nomination de l'ami doit être faite dans l'an; le parlement de Toulouse accorde ce délai, et c'est l'usage le plus commun.* (L'annotateur de Bontaric., *ibid.*)

D'un autre côté, Dumoulin, sur la coutume de Paris, §. 33, gl. 2, n. 21, exigeait que la déclaration se fît *incontinent*, ou à très peu d'intervalle, *incontinenti, seu ex modico intervallo*, ce qui exclut le délai d'une année. D'Argentrée, *de laudimiis*, §. 21, semble encore plus précis. *Celeriter post emptionem declaraverit.* Chopin, tom. 3, ch. 4, n. 20, fixe ce delai à deux mois, Guyot à 40 jours. *Je tiens*, dit ce dernier auteur, *que hors les coutumes qui donnent un délai fixe, l'acquéreur doit nommer dans 40 jours. C'est le terme commun des coutumes pour venir à la foi. Plusieurs donnent ce même terme pour les rotures, d'autres un peu plus bref, mais ce terme est suffisant pour donner à l'acquéreur la liberté de faire le choix de celui auquel souvent il ne pensait pas lorsqu'il a acquis.*

Pothier paraît rejeter également le délai d'une année : *Il faut*, dit-il, *que le temps dans lequel il s'est réservé de faire sa déclaration, soit un temps court, autrement on faciliterait les fraudes de ceux qui, acquérant pour leur compte, et ayant néanmoins l'intention de revendre, si par la suite ils trouvaient une occasion favorable, feraient cette déclaration pour frauder le seigneur du profit qui lui serait dû pour la vente.* Cet auteur ajoute ensuite : *Je pense que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge, qui doit avoir égard aux circonstances.*

On retrouve la même variété dans le petit nombre de coutumes qui se sont expliquées sur ce point. Celle d'Amiens donne un an. Péronne 40 jours. Cambrai un an pour les rotures, et seulement 40 jours pour les fiefs.

On sent combien il est difficile, dans ce conflit d'opinions, d'asseoir une décision certaine, sur-tout dans une matière où il ne peut pas y avoir de principes fixes, puisque cette jurisprudence des Elections d'ami, n'est elle-même qu'une dérogation aux principes. (*M. H....*)

[[V. *Déclaration au profit d'un tiers, et Command.*]]

[[ELECTION DE DOMICILE. V. *Domicile élu.*]]

[[ELECTION D'HÉRITIER. V. *Choix.*]]

* EMANCIPATION. Ce terme désigne et l'affranchissement de la puissance paternelle, et la faculté qui est accordée aux mineurs de jouir de leurs meubles et du revenu de leurs immeubles.

§. I. *De l'Emancipation considérée comme moyen de faire cesser la puissance paternelle dans les pays de droit écrit et dans les coutumes qui admettent cette puissance.*

I. Pour connaître l'origine de l'Emancipation en pays de droit écrit, il faut savoir que Romulus avait accordé aux pères un pouvoir illimité sur la personne et les biens de leurs enfans. Un père pouvait vendre son fils, le tuer et le priver de ses biens. Cette loi a été inscrite parmi celles des douze tables. *Pater endo liberis justis, jus vitæ, necis, venumdandique potestas ei esto.*

Cette autorité, la plus grande et la plus rigoureuse qu'il soit possible d'exercer, répugne aux idées que nous avons du gouvernement et de l'ordre public: le droit de vie et de mort, celui d'asservir un homme libre et de le priver des droits de citoyen, est le dernier terme de la puissance publique. Aussi cette loi, ouvrage de la circonstance et du moment, ne fut-elle jamais suivie à la rigueur. Numa, qui succéda à Romulus, y avait mis une première restriction, en ordonnant que lorsqu'un père aurait permis à son fils de contracter un mariage solennel, le père ne pourrait plus vendre son fils marié suivant les lois.

Romulus avait ordonné qu'un père qui aurait vendu son fils trois fois, serait privé de la puissance paternelle. *Si pater filium ter venumdedit, filius à patre liber esto.* Loi des 12 tables.

Les auteurs ne s'accordent pas si la décision de cette loi doit être entendue de trois ventes réelles, ou si ces ventes n'étaient qu'imaginaires. Suivant Denys d'Halicarnasse, un père pouvait tirer profit de la personne de son fils en le vendant; et, lorsque le fils acquérait la liberté, il rentrait sous la puissance de son père une et deux fois, mais après la troisième vente il en était affranchi.

D'autres ont prétendu que les trois ventes dont il est parlé dans ce texte, n'étaient que des ventes imaginaires et simulées qui se faisaient devant le président d'une cuvie par un père fictif qui prêtait son ministère à l'Emancipation. Cependant, la loi postérieure de Numa prouve bien que Romulus avait entendu parler de ventes réelles, sans cela cette loi de Numa ne signifierait autre chose, sinon qu'un père n'aurait pas pu émanciper son fils depuis son mariage, ce qui ne peut pas être.

Quoi qu'il en soit de la réalité ou de la simula-

Digitized by Google

tion de ces ventes, il est certain que cette loi de Romulus a donné lieu à la formalité de l'Emancipation qui a été long-temps observée à Rome, et d'où elle a même tiré son nom : car *mancipare* signifie vendre, transférer la propriété.

Lorsque le père voulait émanciper son fils, il le vendait trois fois en présence de sept témoins citoyens romains, dont un portait une balance pour peser un prix imaginaire. L'acquéreur était appelé *pater fiduciarius*. Lors de la première et de la seconde vente, le père employait cette formule : *mancupo tibi hunc filium qui meus est :* le père fiduciaire répondait : *hunc ego hominem jure quiritium meum esse aio, is mihique emptus hoc æreæneâque librâ ;* mais, lors de la troisième vente, le père employait une autre formule et disait à l'acquéreur : *ego verò hunc filium meum tibi mancupo, ed conditione ut mihi remancupet, ut inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem fraudet.* — L'acquéreur affranchissait chaque fois l'enfant qu'on supposait être devenu son esclave, et l'Emancipation était faite.

Par la suite on reconnut l'inutilité de ces formes dont on avait chargé la pratique des lois à Rome, afin d'en faire autant de mystères au peuple, et de le tenir dans une espèce de dépendance des grands qui avaient seuls le droit d'interpréter les lois.

L'empereur Anastase introduisit un nouveau genre d'Emancipation beaucoup plus simple, en ce qu'il ne consistait que dans l'insinuation juridique d'un rescrit par lequel l'empereur accordait l'Emancipation.

Justinien permit aux pères d'émanciper leurs enfans devant le magistrat compétent; et en les émancipant, de leur faire telle libéralité qu'ils voudraient, et de retenir l'usufruit de la moitié de leurs biens adventifs.

L'empereur Léon, dont à la vérité les novelles n'ont pas force de loi parmi nous, a donné à l'Emancipation le dernier degré de simplicité, en ordonnant par la novelle 25, que la simple déclaration de la volonté du père suffirait pour opérer l'Emancipation ; et que quand un père aurait souffert que son fils formât un établissement particulier et allât demeurer hors de la maison paternelle, ce fils serait censé émancipé.

II. En pays de droit écrit, l'Emancipation se fait par-devant le juge du domicile du père, en présence duquel le père déclare qu'il met son fils hors de sa puissance; le juge donne acte de la déclaration qui est enregistrée au greffe.

C'est une question si l'Emancipation peut être faite par-devant notaires. — Suivant la loi 3, C. *de Emancipationibus*, l'Emancipation est un acte légitime qui doit être fait avec les solennités prescrites par les lois, et la seule volonté du père n'est pas suffisante pour l'opérer. *Non nudo consensu patris liberi potestate, sed actu solemni vel casu liberantur; nec causæ quibus motus pater emancipavit filium, sed actûs solemnitas quæritur.* — Or, l'Emancipation ne peut être faite qu'en vertu de lettres du prince, entérinées suivant la loi 5, C. *eod. tit.*, ou par la déclaration faite au juge : par conséquent celle qui est faite par-devant notaires est nulle. On peut, pour cet avis, citer deux arrêts ; l'un du parlement de Bordeaux du 10 février 1579, l'autre de la chambre de Castres de 1566.

Suivant la loi 1, C. *de patrid potestate*, les empereurs Verus et Antonin avaient admis l'Emancipation tacite. Dans l'espèce de cette loi, une mère avait, par son testament, nommé des tuteurs à son fils au vu et su du père, qui l'avait souffert. Le père prétendait que son fils était toujours demeuré sous sa puissance ; mais les empereurs lui répondirent que la conduite qu'il avait tenue, était contraire à sa prétention : ayant souffert que les tuteurs nommés par la mère administrassent les biens de son fils, il paraissait l'avoir tacitement émancipé ; car il n'y a que des enfans émancipés qui puissent avoir des tuteurs, comme l'observe Cujas sur cette loi ; ceux qui sont soumis à la puissance paternelle n'en ont pas besoin, le père ayant la jouissance et l'administration des biens de ses enfans.

La loi 25, D. *de adoptionibus et Emancipationibus*, veut qu'un père ne puisse pas attaquer l'Emancipation de sa fille, qui a vécu comme mère de famille, sous prétexte qu'il ne l'a pas émancipée juridiquement. *Per mortem filiæ suæ quæ ut mater familias, quasi jure emancipata, vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, adversùs factum suum quasi non jure eam nec præsentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.*

On juge que des enfans qui ont vécu pendant dix ans séparés de leur père, sont affranchis de la puissance paternelle. (*V. Puissance paternelle.*) — Deux arrêts du parlement de Provence, l'un du 23 juin 1616, l'autre du 5 avril 1663, ont confirmé des testamens faits par des fils de famille séparés de leurs pères depuis dix ans. Or, tout le monde sait qu'un fils de famille ne peut tester, même avec le consentement de son père; et par conséquent les arrêts qu'on vient de citer, en confirmant les testamens, ont donné à l'Emancipation tacite le même effet qu'à celle qui est faite devant le juge.

Si le fils de famille est émancipé pour avoir vécu pendant dix ans loin de la maison paternelle, il en résulte que le consentement tacite du père est seul suffisant pour opérer l'Emancipation ; car sans cela la qualité de père s'opposerait perpetuellement à la possession du fils, qui serait toujours tenu de rapporter la preuve de son Emancipation; et comme le consentement tacite ne peut pas avoir plus de force que la déclaration expresse du père, il faudra convenir que l'Emancipation faite par-devant notaires doit être déclarée valable.

D'ailleurs, si l'on examine quelle est la nature de l'Emancipation, on verra que c'est un acte purement volontaire entre le père qui émancipe et le fils qui est émancipé. Or, parmi nous, les notaire sont capables de recevoir tous les actes qui ne con-

Digitized by Google

cernent que l'intérêt des particuliers. On peut autoriser ce dernier avis de deux arrêts du parlement de Toulouse, rapportés par M. Catellan, liv. 5, chap. 52. Le Journal de M. de Juin nous a transmis, tome 1, page 281, un troisième arrêt de la même cour, qui a jugé qu'une Emancipation par acte notarié était valable : cette sorte d'Emancipation est même aujourd'hui la plus usitée dans ce ressort.

[Mais en est-il de même dans les autres pays de droit écrit et dans les coutumes qui admettent la puissance paternelle ? *V. Puissance paternelle*, sect. 5, §. 1.]

III. Nous avons dit que la demeure du fils de famille hors de la maison paternelle, fait, après dix ans, présumer l'Emancipation ; mais cette règle souffre exception à l'egard des filles mariées qui sont obligées de suivre leurs maris : leur père ne pouvant les en empêcher, on ne peut pas en induire une Emancipation tacite.

Il ne suffit pas que le fils ait vécu dix ans loin de la maison paternelle, il faut encore qu'on ne puisse remarquer dans sa conduite rien de contraire à la volonté du père. S'il était engagé dans le service, ou qu'il eût fait un établissement à l'insçu et contre la volonté de son père, il est certain qu'il ne pourrait se faire un moyen de son éloignement pour soutenir son Emancipation, parcequ'sa conduite serait une espèce de violence et d'attentat fait à l'autorité paternelle.

Le négoce seul du fils de famille ne fait pas présumer l'Emancipation, il faut qu'il ait eu un domicile à part, qu'il ait vécu dans l'indépendance et comme père de famille. Cependant, quoique le négoce n'émancipe pas, le fils de famille est regardé, pour tout ce qui concerne son commerce, comme un père de famille ; il peut s'obliger et ester en jugement.

[*V.* sur tout cela *Puissance paternelle*, sect. 5, §. 2.]

IV. Dans la règle générale, l'Emancipation est regardée comme un bienfait que le père ne peut être forcé d'accorder à ses enfans, et que les enfans ne sont pas obligés de recevoir malgré eux. Il faut donc, pour que l'Emancipation soit valable, le concours de la volonté du père et des enfans. Cette règle reçoit quelques exceptions.

1°. La mort naturelle fait cesser la puissance paternelle. Il faut cependant faire une distinction ; car, dans les pays où le mariage n'émancipe pas, lorsqu'un père qui était soumis à la puissance paternelle meurt, ses enfans ne changent pas d'état, ils demeurent sous la puissance de leur aïeul. Quand l'aïeul meurt avant son fils, les petits-enfans restent sous celle de leur père. Si l'aïeul avait émancipé son fils et retenu ses enfans sous sa puissance, les petits-enfans seraient émancipés par la mort de leur aïeul, et ne retomberaient pas sous la puissance de leur père.

2°. La mort civile du père ou du fils fait également cesser la puissance paternelle ; car l'autorité que les lois donnent au père et l'assujettissement du fils, sont deux corrélatifs qui ne peuvent subsister l'un sans l'autre. Si le père est rétabli par le prince dans son premier état, il recouvre ses droits ; mais il est obligé de ratifier tout ce qui a été fait par son fils : (Instit. *quibus modis jus pat. potest. sol.* Loi 13, C. *de sent. pass.*) Si le père n'avait obtenu du prince qu'une commutation de peine, elle ne détruirait pas l'effet de la condamnation, quand la peine commuée n'emporterait pas par sa nature mort civile.

3°. Le père peut être forcé à émanciper ses enfans, lorsqu'il a reçu un legs à cette condition ; — lorsqu'il les maltraite, qu'il les abandonne ou leur refuse des alimens, parcequ'il doit perdre les droits que la nature et la loi lui ont donnés, et lorsqu'il viole les obligations qu'elles lui imposent ; lorsqu'il les induit au mal et les engage dans la débauche.

4°. Les grandes dignités dans l'église, dans le militaire et dans la robe, affranchissent de la puissance paternelle. *V. Puissance paternelle*, sect. 5, §. 3.

5°. Dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, les enfans sont émancipés par le mariage.

Il y a un statut particulier pour la ville de Toulouse, qui porte, au titre de l'*Emancipation*, qu'*enfans mariés auxquels les pères ont fait des donations en faveur de mariage, sont tenus pour émancipés : filles dotées par le père sont aussi tenues pour émancipées ;* mais ce statut n'a pas lieu pour tout le reste de la province.

V. L'effet de l'Emancipation est de délivrer l'enfant de famille de l'espèce d'asservissement auquel les lois l'ont assujetti, et de le rendre capable de tous les actes de la vie civile, sans avoir besoin d'être autorisé par son père. Il en faut excepter le cas du mariage où il est obligé de requerir au moins le consentement de son père, supposé qu'il ait atteint l'âge de trente ans.

L'Emancipation était dans l'ancien droit romain une espèce d'aliénation que le père faisait de son fils, comme nous l'avons déjà dit plus haut ; en sorte qu'il n'était plus mis au nombre des enfans ; il ne succédait pas avec ses frères et ses sœurs, et le père pouvait impunément ne pas faire mention de lui dans son testament. Le preteur corrigea par la suite les conséquences trop dures qu'on avait tirées de la loi des douze tables ; et il accorda aux enfans émancipés la possession des biens de leur père décédé *abintestat*, comme s'ils fussent toujours restés dans la famille. Lorsque le père les avait prétérits, ils ne rendaient pas nul le testament, mais le préteur accordait la possession des biens, en les obligeant à rapporter à la succession ce dont leur père aurait profité sans l'Emancipation. Justinien, par sa novelle 118, a appelé indistinctement les enfans émancipés, comme ceux qui ne l'étaient pas, à la succession de leur père.

En reconnaissance du bienfait de l'Emancipation, le père a l'usufruit de la moitié des biens adventifs de ses enfans. *V. Usufruit paternel.*

VI. L'Emancipation peut être revoquée lors que

Digitized by Google

le fils s'est rendu coupable d'ingratitude envers son père.

VII. En pays coutumier, *droit de puissance paternelle n'a lieu*, suivant une règle de Loysel, c'est-à-dire que nous ne donnons pas aux pères un droit aussi étendu que celui qu'ils avaient par le droit romain. Mais on ne peut leur refuser une autorité sur la personne de leurs enfans : cette autorité est de droit naturel.

La puissance paternelle a certainement été établie en France, et elle y a été abolie par la suite des temps. Nous avons cependant encore quelques coutumes qui l'ont retenue avec des modifications plus ou moins étendues.

On distingue dans ces coutumes trois espèces d'Emancipations : celle qui s'opère en vertu de la loi lorsque les enfans ont atteint l'âge prescrit par la coutume ; l'Emancipation expresse ou conventionnelle qui se fait par le père en présence du juge; l'Emancipation tacite lorsque les enfans se sont mariés avec le consentement de leurs parens ou lorsqu'ils ont un domicile séparé. Loysel a fait de cette dernière espèce d'Emancipation une règle de notre droit coutumier : « Feu et lieu font Emancipation, dit Brassal, et enfans mariés sont tenus pour hors de pain et de pot, c'est-à-dire, émancipés ».

Dans la coutume de Montargis, ch. 7, art. 7, « tous enfans mâles par l'âge de vingt ans et un jour, soit mariés ou non, sont à leurs droits ».

Dans celle de Reims, art. 9, « homme et femme âgés de vingt ans sont usans de leurs droits ».

Dans celle de Bourbonnais, art. 174, « le père est administrateur légitime des biens maternels et adventifs de ses enfans étant en sa puissance, et fait les fruits siens si bon lui semble, jusqu'à l'âge de quatorze ans quant aux filles, et dix-huit ans quant aux mâles ».

Dans ces coutumes et celles qui ont des dispositions semblables, les enfans sont, en vertu de la loi seule, hors de la puissance paternelle; ils ont l'administration de leurs biens, mais ils ne peuvent aliéner leurs immeubles avant qu'ils aient atteint la majorité.

Suivant la coutume de Sédan et celle de Châlons, art. 7, « les enfans sont en la puissance des pères et n'en sortent qu'ils ne soient âgés de vingt ans ou mariés, on tenant maison et faisant fait à part au su et vu du père, sinon qu'ils soient émancipés par leurdit père ».

Dans celle de Berri, art. 3, « Les majeurs de vingt-cinq ans sont émancipés de plein droit et les mineurs mariés, et peuvent ester en jugement. Toutefois les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent aliéner leurs immeubles sans formalités ».

Le père peut cependant émanciper ses enfans à quelque âge que ce soit, pourvu que ce soit pour leur intérêt.

VIII. La coutume de Poitou contient des dispositions toutes particulières. Suivant l'art. 311, « l'Emancipation doit être faite par-devant le juge ordinaire ayant moyenne justice au moins ».

Elle distingue entre l'enfant noble et l'enfant roturier.—« *Art.* 312. Le fils d'aucun roturier marié qui a demeure en son menage hors de l'hôtel et compagnie de son père par an et jour, est dès-lors taisiblement émancipé et usant de ses droits, sans qu'il soit besoin d'autre Emancipation. — 313. Autre chose est d'un enfant mâle, qui pour être marié ou pour demeurer hors de la maison de son père n'est emancipé : ains convient qu'il y ait Emancipation expresse ».

Ainsi, dans la coutume de Poitou, l'enfant roturier mineur marié est emancipé, le noble mineur ne l'est pas; mais cette distinction cesse à l'égard des majeurs, suivant l'art. 316, dont la disposition est générale : — « Le fils etant en la puissance de son père et non émancipé, s'il est marié, dès qu'il a passé l'âge de vingt-cinq ans, fait les fruits de sa terre siens sans que sondit père le puisse en ce empêcher, encore que lesdits biens lui fussent venus de par son père sans reservation d'usufruit par lui faite sur iceux ».

Lorsque le fils majeur n'est pas marié, la coutume distingue encore si le père est resté en viduité ou s'il s'est remarié; au premier cas, le fils est soumis à la puissance paternelle jusqu'à ce qu'il se marie, et le père gagne les fruits de ses immeubles, excepté de ceux que le fils a acquis depuis sa majorité. « Mais si ledit fils n'est marié (porte l'art. 317), et soudit père se marie, ledit père néanmoins jouira des fruits jusqu'à ce que son fils ait l'âge de vingt-cinq ans; et si le père ne se remarie, il fera toujours les fruits siens tant que le fils ne sera marié; et, en ce faisant, sera tenu ledit père entretenir ledit fils selon son état et qualité ».

Dans cette coutume, les filles, sans distinction entre les nobles ou les roturiers, sont émancipées par le mariage.

[Quant à l'Emancipation expresse que le père fait dans cette coutume d'un enfant mineur non marié, les jurisconsultes du Poitou ne sont pas d'accord sur l'étendue des effets qu'elle doit produire.

Les uns se sont persuadés que l'Emancipation faite par le père, rend le fils émancipé entièrement maître de ses droits, sans qu'il soit astreint à avoir recours à des lettres du prince; les autres, au contraire, ont pensé que cette Emancipation n'est que relative du fils au père, et qu'elle ne rend ce fils habile à administrer ses biens, qu'après avoir obtenu des lettres en chancellerie, dûment entérinées sur un avis de parens. Ce dernier sentiment a été professé par un des plus célèbres jurisconsultes de cette province, dans ses leçons de droit français. « Le père (y dit M. Filleau) peut émanciper ses enfans à tout âge, parceque cette Emancipation fait seulement cesser la puissance, sans mettre les enfans hors de tutelle. Il ne faut pas, ajoute-t-il, confondre cette Emancipation avec ce qu'on appelle *bénéfice d'âge*, qui est accordé au mineur en

Digitized by Google

tutelle, et qui ne peut avoir lieu qu'en vertu de lettres du prince, lesquelles s'enterinent sur l'avis des parens, quand ils jugent les mineurs capables de régir leurs biens. Pour jouir, poursuit-il, de la part des enfans, de l'Émancipation du père, il leur faut également des lettres du prince, sans quoi cette Emancipation deviendrait inutile ». — Malgré une autorité aussi respectable, il se trouve encore dans le Poitou une foule de praticiens et même d'avocats eclairés, qui sont d'avis que dans ce cas, les lettres du prince sont superflues.

Le contraire est cependant établi très nettement par un arrêt rendu au conseil, le 13 août 1703, en interprétation de l'art. 311 de la coutume de Poitou. On assure que cet arrêt n'est, pour ainsi dire, pas connu dans cette province. Le voici :

« Le roi étant informé qu'au préjudice des édits, déclarations, arrêts et réglemens concernant les chancelleries, et notamment de l'édit du mois de décembre 1697, plusieurs juges du royaume, tant des pays de droit écrit que coutumier, ne laissent pas d'entreprendre d'émanciper, recevoir au bénéfice d'âge, et de créer des curateurs à des mineurs, de leur autorité, sans lettres obtenues en chancelleries; que le sieur Moriceau, sénéchal de Fontenay-le-Comte en Bas-Poitou, avait rendu le 20 mai 1698, une sentence par laquelle, du consentement de Me Thomas, procureur de sa majesté audit siège, il aurait, à la requisition de Charles Regnaud, émancipé d'âge Catherine-Louise Regnaud sa fille, l'autorisant pour la disposition de ses biens mobiliers et revenus de ses immeubles, sous l'autorité de Mathieu Guenau, son curateur aux causes, à la charge de ne pouvoir aliéner ses propres avant l'âge de majorité. Sa majesté voulant remédier à ces abus, aurait, par arrêt du 19 mars dernier, rendu sur la requête de ses conseillers secrétaires et officiers de la grande chancellerie, cassé et annullé ladite sentence; et fait défenses audit Moriceau et tous autres juges de la province de Poitou, de recevoir les mineurs au bénéfice d'âge, ni de les émanciper même de la puissance paternelle, sans lettres dûment scellées en chancellerie, à peine de nullité, interdiction, cinq cents livres d'amende, et de tous dépens, dommages et intérêts; mais comme, par la coutume du Poitou, les enfans qui, par l'art. 310, sont soumis à la puissance paternelle, peuvent, suivant les dispositions de l'art. 311, en être émancipés à tout âge par leur père, et par le simple consentement qu'il leur donne par-devant le juge ordinaire, quoique cette espèce d'Emancipation ou manumission par laquelle le fils est affranchi de la puissance paternelle, n'ait, ni par le droit romain, ni par les lois du royaume, été ni pu être confondue avec l'Emancipation ou dispense d'âge par laquelle un mineur de vingt-cinq ans est rendu capable de disposer de ses effets mobiliers et revenus de ses immeubles, et de procéder sous l'autorité d'un curateur, ce qui ne se peut sans lettres du prince; sa majesté, pour ne laisser aucun sujet de confusion ou d'équivoque à cet egard, en conservant et aux pères et aux juges de Poitou, tout ce que leur accorde la coutume, ouï le rapport du sieur Maboul... de l'avis de M. le chancelier, a ordonné et ordonne que l'arrêt du 19 mars dernier sera exécuté selon sa forme et teneur; et néanmoins interprétant en tant que de besoin ledit arrêt, conformément à l'art. 311 de la coutume de Poitou, a maintenu et gardé les juges de ladite province, au droit de recevoir les déclarations et consentemens des pères, pour l'Émancipation et libération de leurs enfans de la puissance paternelle, et de leur en donner acte seulement, sans que sous ce prétexte ils puissent les émanciper d'âge, leur en accorder le bénéfice, pour jouir et disposer de leurs biens mobiliers et revenus de leurs immeubles, ni leur créer en ce cas un curateur, qu'il ne leur soit apparu de lettres d'Emancipation ou bénéfice d'âge, dûment scellées en la grande chancellerie, ou en celle établie près le parlement de Paris, sous les peines portées par ledit arrêt du 19 mars dernier; ordonne sa majesté que le présent arrêt sera lu, publié et enregistré dans les greffes de la province de Poitou, et exécuté nonobstant oppositions..... »]

IX. Les coutumes ont encore des dispositions différentes touchant l'âge auquel l'enfant ayant un domicile séparé de son père, doit être tenu pour émancipé.

La coutume de Bourgogne, chap. 6, art. 3, porte : « Le fils ou fille étant hors d'âge de pupillarité, tenant feu et lieu en son chef ou séparément de son père, est réputé émancipé de sondit père ».

Les enfans sont hors d'âge de pupillarité (suivant les dispositions du droit romain qui fait le droit commun en Bourgogne et supplée au silence de la coutume), savoir, à l'égard des mâles, lorsqu'ils ont quatorze ans accomplis, et les filles douze ans accomplis. (Instit. *quib. mod. tutela finitur*).

Dans la coutume de Bretagne, les enfans ayant domicile séparé de leur père, ne sont censés émancipés que lorsqu'ils ont vingt-cinq ans; ce qui est clairement exprimé par l'art. 528 : « Fils de famille qui aura excédé l'âge de vingt-cinq ans, ayant domicile séparé de son père, sera ecusé et réputé émancipé à pouvoir contracter et ester en jugement sans autorité ».

La coutume de Bordeaux a une disposition dont le sens est conforme à l'article de la coutume de Bretagne que nous venons de rapporter; mais elle est plus étendue et développe davantage l'esprit de ces sortes de coutumes... « *Item*, et aussi après l'âge de vingt-cinq ans, fils de famille qui ont demeuré hors de la maison et compagnie de leur père un an, à ce faire ledit père les souffrant, tenant maison séparée du père, posé qu'ils ne soient émancipés, se pourront obliger *ex quâcumque causâ;* auquel cas ledit fils de famille sera tenu pour émancipé ».

Il faut donc dans ces deux coutumes, pour que les enfans soient émancipés, le concours de l'âge de vingt-cinq ans et du domicile particulier; car la simple demeure hors de la maison paternelle, ne suffirait pas si elle n'était que momentanée; il faut

Digitized by Google

que l'enfant majeur se soit éloigné avec l'intention de vivre en père de famille. C'est ce que la coutume de Bordeaux exprime en ces termes, *tenant maison séparée du père.*

Le fils de famille n'est pas émancipé par cela seul qu'il fait le négoce, quoiqu'il s'oblige valablement sans le consentement ni l'autorisation de son père. Il en est de lui comme de la femme en puissance de mari: « Si le fils de famille (dit la coutume de Bordeaux, art. 1) exerce marchandise ou autre négociation publiquement, se pourra obliger sans consentement de son père, ès choses concernant marchandise ou négociation ».

Et suivant une règle de Loysel, « enfant de famille et femme mariée sont tenus pour autorisés de leurs pères et mari en ce qui est du fait des marchandises dont ils s'entremettent à part et à leur su ».

[X. La jurisprudence que les différentes lois du Hainaut ont introduite par rapport à l'Emancipation judiciaire, doit fixer un instant notre attention.

Les chartes générales de cette province permettent aux pères d'émanciper leurs enfans dès l'âge de dix huit ans. C'est ce qui résulte de la faculté que l'art. 2 du chap. 32 accorde à tous mineurs *sans père et mère ou émancipés*, de disposer de leurs meubles par testament, *moyennant qu'ils soient âgés de dix-huit ans.*

Dans le chef-lieu de Valenciennes, les enfans peuvent être émancipés à l'âge de quinze ans. L'art. 26 de la coutume de cette partie du Hainaut en contient une disposition formelle.

Dans le chef-lieu de Mons, qui comprend une assez grande partie du Hainaut français, un enfant ne peut être émancipé avant l'âge de vingt et un ans, si c'est un mâle, et de dix-huit, si c'est une fille : c'est ce qu'établissent les chap. 6 et 8 de la coutume.

Un arrêt du conseil souverain de Mons, du 24 février 1677, a déclaré nulle une Emancipation faite avant l'âge prescrit par ces textes. Les parties avaient cependant affirmé dans l'acte, que l'enfant avait cet âge; et elles soutenaient, d'après les maximes du Hainaut, dont nous rendons compte à l'art. *serment*, que cette affirmation devait, malgré sa fausseté évidente et reconnue, couvrir le défaut d'âge ; mais les juges ont pensé qu'on ne pouvait étendre à ce cas, ni l'exemple du mari aliénant le bien de sa femme, ni celui du débiteur qui s'oblige ou s'acquitte.

Le même tribunal a encore jugé de même le 25 août. . . . . , en faveur d'Adrien Witersalem.

Il n'est pas indifférent de savoir à quel tribunal un père doit s'adresser pour émanciper ses enfans, ou comme parlent les législateurs du Hainaut, pour les *mettre hors de pain.*

Le chap. 9 de la coutume du chef-lieu de Mons établit sur cette matière un droit de prévention entre les mayeur et échevins du domicile du père et ceux de la ville de Mons, de manière qu'un habitant de ce chef-lieu peut indifféremment s'adresser aux uns ou aux autres. Mais cette faculté ne peut plus être pratiquée que dans la partie autrichienne de ce canton du Hainaut; les échevins de Mons n'ont plus de juridiction sur la partie de leur chef-lieu qui est soumise à la France: on ne peut donc, à cet égard, choisir d'autres juges que les mayeur et échevins du domicile.

C'est aussi ce qu'on doit observer dans toute l'étendue des parties du Hainaut qu'on appelle chef-lieu de la cour, de Cambresis, de la Bassée, de Vermandois, parcequ'il ne s'y trouve pas de municipalités supérieures. V. *Hainaut.*

A l'égard du chef-lieu de Valenciennes, il faut en user de même que dans celui de Mons; c'est-à-dire que dans les endroits soumis à la domination autrichienne, on ne peut émanciper un enfant que devant les mayeur et échevins domiciliaires; et que, dans les endroits du chef-lieu français qui ont conservé l'usage d'aller prendre *charge d'enquête* à Valenciennes, on peut opter entre les juges municipaux de cette ville, et les mayeur et échevins domiciliaires.

Remarquez que le mayeur n'intervient dans les actes de cette nature, que pour *conjurer* les échevins; car la conjure est aussi nécessaire dans une Emancipation que dans un jugement contradictoire: la preuve en résulte de ce que l'absence du conjurer en titre, qui est toujours le chef du siège échevinal, n'est pas une raison suffisante pour en dispenser; témoin l'art. 73 de la coutume particulière de Blinche. V. *Conjure.*

Dans les villes d'Avesnes, du Quesnoy et de Landrecies, les Emancipations ne peuvent plus se faire que devant les juges royaux. Cette exception au droit commun de la province a été introduite par un arrêt du conseil d'état du premier décembre 1663, rendu contradictoirement entre les juges royaux et les officiers municipaux de ces trois villes.

Dans la règle générale, un père ne peut être contraint d'émanciper son fils, et un fils ne peut être émancipé malgré lui ; c'est ce que décident plusieurs lois du Code; les interprètes indiquent quelques exceptions, et la coutume du chef-lieu de Mons en établit une qui lui est particulière : elle permet à un enfant qui, ayant atteint l'âge auquel on peut contracter et aliéner, voudrait faire un commerce séparé, et mettre ses acquisitions à l'abri des créanciers de son père; elle lui permet, dis-je, de se faire émanciper de son propre mouvement, en observant certaines formalités qu'elle détaille dans le chap. 10. Cette faculté est assez analogue à celle que les interprètes accordent au père d'émanciper son fils malgré lui, dans le cas où il ne peut réprimer en lui des excès qui l'exposent journellement à subir des condamnations de dommages-intérêts : c'est alors que *justa causa est potentis ut suo periculo ille insaniat*, comme le dit d'Argentrée sur l'art. 498 de la coutume de Bretagne.

Il importe au public de connaître les Emancipa-

Digitized by Google

tions : c'est un moyen assuré de distinguer, parmi les enfans dont les pères sont encore vivans, ceux qui peuvent contracter d'avec ceux qui ne le peuvent pas; c'est pour cette raison que le chap. 9 de la coutume du chef-lieu de Mons ordonne que *toutes les mises hors de pain soient enregistrées en un registre à ce servant.*

XI. Il arrive quelquefois qu'un père émancipe son fils, dans la seule vue de se procurer de sa part des dispositions avantageuses au préjudice de ses héritiers légitimes. Lorsque les circonstances fournissent la preuve de cette espèce de fraude, doit-on annuller les dispositions du fils, et ses héritiers doivent-ils prendre dans sa succession la même part que s'il était mort sous la puissance de son père?

On cite pour l'affirmative Mascardus, en son Traité *de Probationibus*, et deux arrêts du parlement de Flandre, dont voici les espèces.

Le nommé François-Joseph Lévêque, mineur de vingt-cinq ans, ayant été mis hors de tutelle par les mayeur et échevins de Lille, fit, quatre jours après, une donation entre-vifs de plusieurs héritages au nommé Dewevre, son ci-devant tuteur, et mourut dans les dix jours suivans. Ces circonstances déterminèrent les héritiers à attaquer la donation, comme frauduleuse. Une sentence de la gouvernance de Lille les régla d'abord à preuve, mais ils en appelèrent, de même que de celle de l'échevinage qui avait déchargé le défunt de tutelle; et le 17 novembre 1756, il intervint un arrêt qui infirma la sentence de la gouvernance, décréta la mise de fait impetrée par les héritiers, révoqua celle que le donataire avait obtenue, et déclara en conséquence que l'appel de la sentence des mayeur et échevins venait à cesser.

Le sieur de Courcelles, avocat du roi à la gouvernance de Lille, avait sous sa puissance un fils qu'une santé faible et languissante menaçait d'une mort prochaine. Les biens que celui-ci avait recueillis de la succession de sa mère, et que la loi des propres déférait à ses parens maternels, firent naître dans le cœur du père le désir de se les approprier; son fils entra dans ses vues, et, avec son autorisation, lui donna, en différentes fois, la plus grande partie de tout ce qu'il possédait. Le père craignit ensuite que l'autorisation dont ces actes étaient munis, ne fût pas suffisante pour les valider, d'après la règle *nemo in rem suam autor idoneus esse potest.* En conséquence, il émancipa son fils, qui, peu de temps après, ratifia tout ce qu'il avait fait en sa faveur pendant qu'il était sous sa puissance, et ajouta même de nouvelles libéralités aux précédentes. Sa mort suivit de près la confection de ces actes, et alors ses héritiers maternels revendiquèrent les propres auxquels la coutume les appelait. Ils soutinrent d'abord que les donations faites avant l'Emancipation, etaient nulles; ils prétendirent ensuite qne, la fraude ayant présidé à l'Emancipation, les actes qui l'avaient suivie ne pouvaient mériter le moindre égard; et le parlement de Flandre le jugea ainsi par arrêt rendu à la première chambre, le 8 fevrier 1763, au rapport de M. de Curgies.

Mais ces arrêts ont-ils vraiment en pour motif la doctrine de Mascardus? Ce qui doit nous en faire douter, c'est que rien n'est plus faux que cette doctrine. Dans des pays de droit écrit, regarde-t-on comme nulles les donations à cause de mort, qu'un fils de famille fait à son père? Non certainement. (*V. Puissance paternelle*). Cependant ces donations ne peuvent être valables que par l'autorisation de celui-ci. Si donc un père peut autoriser son fils à disposer en sa faveur, par quelle bizarrerie ne pourrait-il pas l'emanciper pour la même fin? Oublie-t-on que l'autorisation paternelle n'est qu'une espèce d'Emancipation *ad hoc?*

Sans doute il est très permis de croire que les deux arrêts cités n'ont pas enfreint ces principes; j'ai d'ailleurs appris du défenseur même du sieur de Courcelles (feu M. Houzé, qui le tenait de M. le premier président d'Aubers), que le second a été uniquement fondé sur les preuves de suggestion qui résultaient de la multiplicité et du concert frauduleux des actes faits par le fils en faveur du père.]

[[Nous donnerons, sur tout cela, de nouveaux détails aux mots *Etat honorable* et *Puissance paternelle*, sect. 3.

XII. Aujourd'hui la puissance paternelle cesse de plein droit dans toute la France, 1°. par la majorité du fils de famille (*loi du 28 août 1792*; *Code Napoléon, art.* 372); 2°. par son mariage (*Code Napoléon, art.* 476); 3°. par son Emancipation, qui, dès qu'il a atteint l'âge de quinze ans revolus, peut s'opérer par la seule déclaration du père, ou de la mère, si le père est mort, reçue par le juge de paix assisté de son greffier (*Code Napoléon, art.* 477).

Quant aux effets de l'Emancipation du fils de famille mineur, *V.* le §. suivant.]]

§. II. *De l'Emancipation considérée comme un moyen de faire cesser la tutelle.*

Par le droit romain, la tutelle finit à quatorze ans accomplis pour les mâles, et à douze accomplis pour les filles; mais ils ne peuvent disposer de leurs biens que lorsqu'ils sont devenus majeurs. Ils peuvent contracter seuls et sans curateur, pourvu qu'ils fassent leur condition meilleure; mais ils ne peuvent ester en jugement sans curateur. *V. Curateur*, §. 1.

La facilité avec laquelle les mineurs parvenaient à se faire restituer, leur était souvent nuisible, personne ne voulant contracter avec eux. Les empereurs leur accordèrent par la suite des dispenses d'âge, lorsqu'ils avaient atteint, savoir, les mâles vingt ans accomplis, et les femmes dix-huit, en faisant attester par des témoins dignes de foi leurs bonnes vie, mœurs et capacité.

Les conditions à remplir pour obtenir ces dis-

Digitized by Google

penses, sont rapportées dans la loi 2, *C. de his qui veniam ætatis impetraverunt.* Il est utile d'en connaître les dispositions à cause du rapport qu'elle a avec nos lettres d'Emancipation. *Omnes adolescentes qui, honestate morum præditi, paternam frugem vel avorum patrimonia gubernare cupiunt, et super hoc imperiali auxilio indigere cæperint, ita demum veniam ætatis impetrare audeant, cùm vicesimi anni metas impleverint, ita ut post impetratam ætatis veniam idem ipsi per se principale beneficium allegantes, non solùm per scripturam annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis, morum suorum instituta, probitatemque animi et testimonium vitæ honestioris edoceant.* — §. 1. *Fœminas quoque quas morum honestas, mentisque solertia commendat, cùm octo et decem annum egressæ fuerint, veniam ætatis impetrare sancimus.*

Les hommes doivent se présenter eux-mêmes devant le magistrat pour faire l'information de vie et de mœurs ; les femmes avaient le privilége de la faire par procureur. Celle des sénateurs se faisait devant le préfet du prétoire ; celle des autres devant le préteur ou devant le recteur de la province.

L'effet de l'Emancipation est de donner aux mineurs le droit d'administrer leurs bieus, de contracter et de s'obliger personnellement pour raison de cette administration, sans espérance de restitution ; ils ne peuvent cependant, ni aliéner, ni hypothéquer leurs immeubles, sans décret du juge.

Anciennement en France, les enfans roturiers étaient majeurs, les mâles à quatorze ans et les filles à douze. Les nobles n'etaient majeurs, par rapport aux biens nobles et féodaux qu'à vingt-un ans. Par rapport aux autres biens, ils étaient majeurs à quatorze on à douze aus, comme les roturiers.

Ces usages qui sont encore en vigueur dans quelques coutumes (*V. Majorité*) se sont abolis dans les autres par la suite des temps ; la coutume d'Auvergne, ch. 13, art. 1, porte notamment : « Combien que par ci-devant par la coutume du pays d'Auvergne, le mâle âgé de quatorze ans, et la fille de douze ans accomplis, fussent réputes d'âge parfait pour ester en jugement, faire et passer tous contrats comme majeurs de vingt-cinq ans ; néanmoins, les états du pays ont consenti le droit commun en ce avoir lieu, pour raison des inconvéniens qui pour ce s'en sont ensuivis, et obvier à ceux qui pourraient ensuivre ».

Suivant le droit commun, les enfans ne sont majeurs qu'à vingt-cinq ans accomplis. On les émancipe cependant assez souvent avant l'âge prescrit par la loi romaine. Ils obtiennent des lettres d'Emancipation dans les petites chancelleries ; ces lettres sont ensuite enterinées par le juge royal du domicile du mineur sur un avis de parens. On lui nomme un curateur aux causes pour l'assister en justice ; ce curateur est en même temps tuteur aux actions immobilieres, à l'effet d'être présent aux partages et aux autres opérations relatives aux successions qui échoient aux mineurs.

Il y a quelques coutumes qui émancipent les enfans à l'âge de vingt ans et au-dessous. *V. Age* et *Majorité.*

Par l'art. 40 du règlement du parlement de Normandie, de 1666, les filles ne pouvaient obtenir des lettres de bénéfice d'âge. Mais par des lettres-patentes du 3 septembre 1719, enregistrées au parlement de Rouen le 5 décembre suivant, il a été ordonné que les garçons à seize ans, et les filles à quatorze, pourraient obtenir des lettres d'Emancipation.

Nous avons quelques coutumes, suivant lesquelles ceux qui ont vingt ans accomplis peuvent disposer de leurs immeubles ; telle est celle d'Anjou, art. 144, et celle du Maine, art. 455. On ne regarde plus les dispositions de ces coutumes comme accordant une majorité pleine et entière, mais seulement une Emancipation plus étendue que celle qui s'accorde ordinairement ; en sorte que la vente d'un immeuble faite par un majeur de vingt ans, mais mineur de vingt-cinq ans, n'est pas nulle pour avoir été faite sans curateur, sans avis de parens, et sans décret du juge ; mais le vendeur peut être restitué, lorsque la vente qu'il a faite lui fait préjudice ; et il n'est pas nécessaire, pour qu'il se fasse relever, que la lesion soit d'outre moitié, comme à l'égard d'un majeur ; il suffit qu'il soit lesé : il en est de même par rapport aux autres actes qui ne sont pas de pure administration. *V. Majorité.*

En Normandie, la pleine majorité est acquise à l'âge de vingt ans accomplis, suivant l'art. 38 du règlement de 1666, par lequel « toute personne née en Normandie, soit mâle ou femelle, est tenue majeure à vingt ans accomplis, et peut, après ledit âge, vendre et hypothéquer ses biens meubles et immeubles, sans espérance de restitution, sinon à l'égard des causes pour lesquelles les majeurs peuvent être restitués ».

Cet article ne parle que des personnes nées en Normandie, et sa disposition ne s'applique pas à celles qui y auraient acquis un domicile depuis leur naissance. (M. La Forest.)

[[*V.* sur ce dernier point l'article *Majorité.*

Du reste, aujourd'hui la majorité est acquise, dans toute la France, à l'âge de 21 ans révolus. C'est la disposition de la loi du 20 septembre 1792, tit. 4, art. 2, et de l'art. 488 du Code Napoléon.

Dans toute la France aussi, le mariage émancipe de plein droit les mineurs. Ainsi l'a regle l'art. 476 du Code Napoleon.

Voici au surplus les dispositions du même Code, et sur l'Emancipation considérée comme affranchissement de la tutelle, et sur les effets tant de cette Emancipation que de celle de la puissance paternelle.

« Art. 478. Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable.

» En ce cas, l'Emancipation résultera de la déli-

Digitized by Google

bération qui l'aura autorisée et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé.

» 479. Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'Émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parens ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain, ou à des degrés plus proches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet.

» Le juge de paix devra déférer à cette réquisition.

» 480. Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille.

» 481. Le mineur émancipé passera ses baux dont la durée n'excédera point neuf ans; il recevra ses revenus, en donnera décharge et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même.

» 482. Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu.

» 483. Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunt sans aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil, après avoir entendu le commissaire du gouvernement.

» 484. Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni même faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé.

» A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès: les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération, la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

» 485. Tout mineur émancipé dont les engagemens auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'Émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer.

» 486. Dès le jour où l'Émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle, et y restera jusqu'à sa majorité accomplie.

» 487. Le mineur émancipé, qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce ». Mais *V. Marchand.*]]

[[EMBAUCHAGE. C'est l'action d'embaucher, c'est-à-dire d'éloigner ou chercher à éloigner des soldats de leurs drapeaux, pour les faire passer à l'étranger, à l'ennemi, ou dans un parti de rebelles.

Il ne faut pas confondre l'Embauchage avec la simple provocation à la désertion : témoin l'arrêt suivant, que la cour de cassation a rendu le 5 août 1807.

« Le procureur général impérial expose qu'il vient de s'élever entre la juridiction criminelle ordinaire et la juridiction militaire, un conflit négatif, sur lequel il est indispensable que la cour interpose son autorité.

» Le 2 juin dernier, le nommé François Avril a été arrêté à Ancenis, département de la Loire Inférieure, comme prévenu d'avoir provoqué à la désertion les sieurs Giron et Chevalier, conscrits de 1808.

» Traduit aussitôt devant le magistrat de sûreté, il a subi deux interrogatoires; et le lendemain, le directeur du jury, « considérant que le décret impérial du 17 messidor an 12 porte, art. 1er, que *les espions et les embaucheurs seront, ainsi que leurs complices, jugés par des commissions militaires spéciales*, et que François Avril est prévenu d'avoir commis ce crime », a rendu une ordonnance, par laquelle il a déclaré le *tribunal incompétent*, et a ordonné que François Avril et la procédure seraient renvoyés au préfet du département de la Loire Inférieure, *pour les suites être faites ainsi qu'il verrait.*

» En exécution de cette ordonnance, François Avril a été traduit devant une commission militaire spéciale formée à Nantes; et là, par jugement du 19 du même mois, il a été prononcé en ces termes : « considérant que les propos et machinations séditieuses de François Avril n'ont pas le caractère du crime d'Embauchage, qu'ayant proposé aux dits Giron et Chevalier de les enrôler pour aucune puissance, ni même de les attacher à aucun parti; la commission militaire spéciale déclare à l'unanimité être incompétente pour juger le susdit François Avril, pour le délit dont il est accusé ».

« Voilà donc deux décisions émanées d'autorités distinctes, et également indépendantes l'une de l'autre, qui, sur une même question de compétence, se contrarient formellement; et il n'est pas difficile de sentir que, de ces deux décisions, c'est celle de la commission militaire qui doit être maintenue.

» En effet, la loi du 4 nivose an 4 distingue parfaitement le crime d'Embauchage de celui de simple provocation à la désertion.

Elle porte : « *Art.* 1, tout embaucheur pour l'ennemi, pour l'étranger ou pour les rebelles, sera puni de mort...— 2. Sera réputé embaucheur, celui qui, par argent, par des liqueurs enivrantes, ou tout autre moyen, cherchera à éloigner de leurs drapeaux les défenseurs de la patrie, pour les faire passer à l'ennemi, à l'étranger ou aux rebelles...— 3. Celui qui, sans être embaucheur pour l'ennemi, l'étranger ou les rebelles, engagerait cependant les défenseurs de la patrie, à quitter leurs drapeaux, sera puni de neuf années de détention ».

« Or, quel est le délit dont est prévenu François Avril? Ce n'est point d'avoir cherché à faire passer

Digitized by Google

deux conscrits au service d'une puissance étrangère ou d'un parti de rebelles; c'est tout simplement d'avoir provoqué deux conscrits à déserter. Ce délit n'a donc point le caractère de l'Embauchage.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 65 de la constitution du 22 frimaire an 8, et les art. 1, 2 et 4 de la loi du 4 nivose an 4, et procédant par règlement de juges, sans avoir égard à l'ordonnance du directeur du jury de l'arrondissement d'Ancenis, du 3 juin dernier, laquelle demeurera nulle et comme non avenue, ordonner que François Avril sera de nouveau traduit devant le même directeur du jury, pour y être poursuivi conformément à la loi, sur le délit de provocation à la désertion dont il est prévenu.

» Fait au parquet, le 14 juillet 1807. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Henrion... — La cour, statuant sur le requisitoire, vu l'art. 65 de la constitution du 22 frimaire an 8, et les art. 1 et 4 de la loi du 8 nivose an 4; procédant par règlement de juges, déclare nulle et comme non avenue l'ordonnance du directeur du jury de l'arrondissement d'Ancenis, du 3 juin dernier; et ordonne que François Avril sera de nouveau traduit devant ledit directeur du jury de l'arrondissement d'Ancenis, pour y être procédé conformément à la loi, sur le délit dont il est prévenu ».

V. *Commission*, sect. 1, §. 5; et *Connexité*, §. 7.]]

EMBREF ou EMBREVURE. Pour avoir une juste idée de la signification de ce mot, usité principalement dans les coutumes de Hainaut et de Cambresis, il faut connaître la manière dont les juges municipaux et ceux des seigneurs procèdent en ces provinces à la confection des actes qui sont de leur ressort.

La règle établie parmi eux, est de faire tous les actes doubles, d'en délivrer un à l'une des parties, et de déposer l'autre dans une armoire connue sous le nom de *ferme* (*V.* ce mot). Ces actes, pour être authentiques et exécutoires, doivent être écrits sur parchemin, scellés du scel du siége, ou même, en quelques endroits, de chacun des officiers qui les ont reçus, et signés par le greffier. Mais avant de leur donner cette forme, on a soin d'en rédiger les articles sur des feuilles qu'on appelle *Embrefs* ou *Embrevures*, parcequ'on y met plusieurs clauses par abréviations.

Il résulte de là qu'on doit regarder les deux doubles dont nous venons de parler, comme des espèces de grosses, et les Embrefs comme des minutes. L'art. 71 de l'ancienne coutume de Valenciennes, homologuée en 1540, confirme cette idée. *Si quelqu'un*, porte ce texte, *a perdu une* ayuwe, c'est-à-dire la grosse d'un acte passé devant deux échevins ou deux jurés de Cattel et de Valenciennes (*V. Ayuwe*), *il la pourra recouvrer par copie collationnée à celle qui est au registre, ou sinon, sur la* MINUTE *ou* EMBREFVURE. L'art. 8 du tit. 5 de la coutume de Cambresis établit implicitement la même chose, en donnant à l'Embrevure l'épithète d'*originelle*

Cette analogie entre les Embrevures et les minutes, devient encore plus sensible lorsqu'on rapproche des principes propres à celles-ci, les règles établies sur celles-là.

L'art. 5 du chap. 109 des chartes générales porte que « les lettres (*c'est-à-dire les grosses*) d'obligations ne pourront être scellées par les hommes de fiefs y ayant été présens, ne soit qu'il n'y ait Embriefvure signée d'eux ».

Ce n'est pas assez que les Embrefs soient signés des officiers qui les reçoivent, il faut encore qu'ils le soient des parties. Mais les grosses ne doivent être signées ni des parties ni des officiers, mais seulement scellées par ces derniers et signées par le greffier. C'est ce qui résulte des art. 6 et 10 du chapitre cité.

Au reste, ces dispositions ne peuvent plus avoir d'exécution dans les justices de villages et de la plupart des villes, si ce n'est par rapport aux *devoirs de loi*, parceque le droit de recevoir des contrats a été attribué exclusivement, par des édits de 1675 et 1692, aux notaires nouvellement créés dans les Pays-Bas, et aux échevins des villes qui étaient alors en possession de ce droit. *V. Echevins.*

De là vient qu'aujourd'hui le mot d'*Embref* est spécialement consacré aux actes de devoirs de loi.

On demande si, dans le cas de différence entre la minute et la grosse d'un acte de desshéritance et adhéritance, il faut s'en rapporter à la première plutôt qu'à la seconde. Desjaunaux nous a conservé un arrêt du parlement de Flandre du 16 mai 1702, par lequel il a été jugé que lorsque la minute des devoirs de loi est perdue, ce n'est point à la grosse qu'il faut recourir, mais au registre dans lequel l'acte est transcrit en copie, parceque, dit l'arrêtiste, le registre représente la minute de l'acte. Cet arrêt a donc préjugé que la minute fait plus de foi que la grosse. C'est aussi ce qu'enseignent tous les auteurs et ce que décident tous les monumens de la jurisprudence.

La coutume de Valenciennes paraît au premier abord établir une maxime contraire. *Si quelqu'un*, dit-elle, art. 86, *a perdu ou ne peut recouvrer..... lettres échevinales, il en pourra lever..... copie collationnée à sa partie*, c'est-à-dire à l'autre double, *qui sera au ferme, sinon sur l'Embriefvre duement passée*. Cet article semble dire qu'on ne doit consulter la minute que quand les deux grosses sont perdues, et par conséquent que les deux grosses méritent plus de foi que la minute : mais on peut douter que ce soit là le vrai sens de la coutume. On ne doit point admettre légèrement une interprétation aussi contraire aux premiers principes et au droit commun. Il est bien plus raisonnable de dire que la coutume ne s'est exprimée ainsi, que dans la supposition qu'il ne se trouverait pas de différence entre la grosse et l'Embref. — [[Au surplus, toute difficulté est levée là-dessus par l'art. 1334 du Code Napoléon.]]

Digitized by Google

* **EMENDER.** Terme de palais qui signifie *corriger, réformer*, etc. Ce mot vient du verbe latin *Emendare*.

On ne se sert de cette expression qu'en prononçant sur l'appel de la sentence du juge inférieur, lorsqu'il y a lieu de réformer sa décision. Voici à peu près la manière de prononcer, usitée dans les bailliages : « Disons qu'il a été mal jugé par le juge dont est appel, bien appelé ; *Émendant*, déchargeons l'appelant des condamnations contre lui prononcées, etc. ».

Dans les cours souveraines, on use de cette formule : « La cour a mis l'appellation et ce dont est appel au néant ; *Émendant*, etc. ». (M. Dareau.)*

* **ÉMEUTE POPULAIRE.** Trouble, tumulte, mouvement séditieux excité dans le peuple.

On considère une Emeute populaire du côté du motif qui y a donné lieu et des suites qu'elle a eues, pour juger de la gravité d'un délit pareil, qu'on regarde comme un crime public.

Lorsque l'Emeute a lieu pour s'opposer à l'exécution des ordres du souverain ou de ceux qui le représentent dans les fonctions qu'il leur a confiées, c'est alors une rébellion ouverte qui participe du crime de lèse-majesté. — Quand l'Emeute n'a pas lieu contre l'autorité du souverain ni contre ceux qui en sont les dépositaires, mais simplement contre quelques particuliers sur la conduite ou sur les desseins desquels il s'est répandu de faux bruits ou de mauvais propos, quoiqu'une Emeute pareille soit toujours très condamnable, en ce qu'elle donne atteinte à l'ordre public et à la tranquillité des citoyens, elle n'est cependant pas punie aussi sévèrement qu'une Emeute de la première espèce.

En considérant une Emeute du côté des suites qu'elle a eues, elle est moins punissable lorsqu'elle n'a été suivie d'aucun homicide, d'aucun vol ni d'aucun autre accident, que quand elle a été accompagnée de quelqu'une de ces circonstances.

L'Emeute est aussi beaucoup moins répréhensible lorsqu'elle s'est faite sans réflexion et sans port d'armes, que quand elle a été préméditée et qu'elle a eu lieu d'une manière violente et les armes à la main.

Les Emeutes populaires étaient très fréquentes dans ces temps orageux où la France était agitée par les divisions qu'occasionnait la disparité de culte parmi les citoyens. Un édit du mois de juillet 1561 prononça la peine de mort contre ceux qui fomenteraient de pareilles Emeutes et ceux qui s'en rendraient complices. Comme la tranquillité aujourd'hui est assurée de toute part, et qu'il est rare de voir des Emeutes dangereuses, on ne s'arrêterait à cette loi que pour celles qui tendraient à s'opposer à l'exécution des ordres du roi avec violence et à main armée : à l'égard des autres Emeutes d'une nature moins criminelle, les auteurs en seraient punis suivant les motifs qui les auraient déterminés et suivant les circonstances ; mais il est toujours vrai de dire qu'il est rare qu'on les laisse sans punition, attendu le danger qui pourrait résulter d'un exemple d'impunité.

L'Émeute populaire et l'attroupement ont entre eux quelque chose de commun ; il y a cependant une différence essentielle entre l'une et l'autre. L'attroupement annonce un dessein prémédité ; au lieu que l'Emeute paraît être l'effet subit d'une rumeur, d'une prévention, ou d'un événement inattendu. Une Emeute se forme quelquefois sans savoir ni pourquoi ni comment, et sans aucune intelligence entre ceux qui concourent à la former : l'attroupement au contraire a un but marqué ; il est ordinairement concerté, et il est toujours plus dangereux qu'une simple Emeute que le moindre éclaircissement suffit souvent pour dissiper. C'est ce qui fait aussi qu'il y a de ces Emeutes d'un instant, de ces Emeutes si légères, que le ministère public n'y fait aucune attention.

[[Les lois actuelles font sur tout cela des distinctions qui sont puisées dans la nature même des choses.

On nue Emeute populaire a pour objet un attentat à la sûreté générale de l'état ; et dans ce cas, ceux qui la provoquent, qui la dirigent dans cette vue, ou qui y prennent part dans le même dessein, doivent être punis de mort. *V.* les art. 612 et 613 du Code des délits et des peines.

Ou elle a pour objet de favoriser la contrebande ; et dans ce cas, c'est encore la peine capitale qui doit être appliquée. *V. Contrebande.*

Ou elle a pour objet d'empêcher l'exécution d'une loi, la perception d'un impôt, l'exécution d'un jugement ou d'une ordonnance de justice ou de police ; et dans ce cas, elle est punie comme *offense à la loi*. *V.* ces mots.

Ou elle est dirigée contre des particuliers, sans avoir aucun des caractères de l'offense à la loi, et sans être accompagnée d'aucun autre délit ; et dans ce cas, elle doit être punie, tantôt de peines correctionnelles, tantôt de peines de simple police. *V.* la loi du 22 juillet 1791, tit. 1, art. 19 ; et tit. 2, art. 25, 26, 28 et 29 ; et le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4.]]

En fait d'Emeute qui mérite une punition exemplaire, on s'attache à découvrir ceux qui en sont les principaux auteurs pour l'avoir fomentée, ou pour l'avoir encouragée, et ceux qui ont profité de la circonstance pour commettre du désordre. A l'égard de ceux qui ont concouru matériellement à la former par leur simple présence, comme on ne leur suppose aucune mauvaise intention, et qu'on présume qu'ils n'ont été emportés dans la foule que par curiosité, on ne prononce contre eux aucune peine ; au lieu qu'en fait d'attroupement, chaque individu ne laisse pas d'être coupable, quoiqu'il puisse l'être moins que celui qui l'a conseillé, ou qui s'en est rendu le chef. (M. Dareau.)*

[[*V.* les lois citées à l'article *Attroupement.*]]

[[EMIGRATION. C'est l'action d'émigrer, c'est-à-dire, d'abandonner un lieu pour passer dans un autre. — Dans notre usage, ce terme générique

Digitized by Google

s'applique particulièrement à la sortie d'un Français hors de sa patrie.

§. I. *Lois de l'ancien régime sur l'Emigration.*

« Quoique les liens de la naissance qui attachent les sujets naturels à leur souverain et à leur patrie, soient les plus étroits et les plus indissolubles de la société civile; que l'obligation du service que chacun leur doit, soit profondément gravée dans le cœur des nations les moins policées, et qu'elle soit universellement reconnue comme le premier et le plus indispensable des devoirs de l'homme; Néanmoins (disait Louis XIV dans le préambule du célèbre édit du mois d'août 1669), Nous aurions été informés que pendant la licence des derniers temps, plusieurs de nos sujets, oubliant ce qu'ils doivent à leur naissance, ont passé dans les pays étrangers, y travaillent à tous les exercices dont ils sont capables, même à la construction de vaisseaux, s'engagent dans les équipages maritimes, s'y habituent sans dessein de retour, et y prennent leur établissement par mariage et par acquisition de biens de toute nature, et les servent utilement contre ce qu'ils nous doivent et à leur pays ».

D'après ces considérations, Louis XIV fit défenses « à tous nos sujets (ce sont ces termes) de quelque qualité et condition qu'ils soient, de sortir de notre royaume pour aller s'établir sans notre permission dans les pays étrangers par mariage, acquisition d'immeubles et transport de leurs familles et biens pour y prendre leurs établissemens stables et sans retour, à peine de confiscation de corps et de biens, et d'être censés et réputés étrangers, sans qu'ils puissent être ci-après rétablis ni réhabilités, ni leurs enfans naturalisés, pour quelque cause que ce soit. Enjoignons à ceux de nos sujets, qui auront pris de semblables établissemens parmi les étrangers, de retourner avec leurs femmes, enfans, familles, et biens dans notre royaume, six mois après la publication des présentes, sous les mêmes peines. N'entendons toutefois comprendre en ces défenses, ceux de nos sujets qui sortent de temps en temps de notre royaume, pour aller travailler et négocier dans les pays étrangers, pourvu qu'ils n'y transportent pas leurs domiciles, et qu'ils ne s'y établissent par mariage ou autrement. Enjoignons pareillement à tous nos sujets employés dans la navigation et marine aux pays étrangers, de retourner en notre royaume pour servir à nos vaisseaux et autres qui appartiennent à nos sujets, selon la capacité et condition de chacun d'eux, à peine de confiscation de corps et de biens. Voulons qu'ils aient à se rendre aux villes et lieux de leurs anciennes demeures, six mois après que les juges de l'amirauté leur en auront fait faire les commandemens en la manière accoutumée. Et à faute de satisfaire aux commandemens qui leur auront été faits, nous voulons qu'il soit procédé contr'eux extraordinairement par nos juges et officiers établis dans les ports et havres, et leur procès fait et parfait suivant la rigueur des anciennes ordonnances et des présentes. Défendons en outre à tous nos sujets d'aller servir hors notre royaume, de pilotes, calfateurs, canonniers, matelots, mariniers, et pêcheurs, ni pour travailler à la construction des navires, confection de cordages et de toiles propres aux voiles, et autres servant à la navigation, sans notre expresse permission, à peine de la vie ».

La déclaration du 16 juin 1685, en confirmant l'édit que nous venons de rapporter, défendait très expressément à tous les Français, « de quelque qualité et condition qu'ils fussent, de marier à l'avenir leurs enfans, garçons ou filles, hors du royaume, pour quelque cause et sous quelque prétexte que ce soit, sans la permission expresse du roi, à peine d'être déclarés atteints et convaincus du crime d'infidélité envers l'état, et de confiscation de corps et de biens, et où la confiscation n'aurait lieu, de 24,000 livres d'amende contre les pères et mères, s'ils étaient vivans, sinon contre les tuteurs; laquelle amende serait payable sans déport; voulant que pour cette fin, ils fussent poursuivis en leurs personnes et biens, selon les ordonnances, par les officiers des cours souveraines dans le ressort desquelles ils seraient demeurans, à la requête des procureurs généraux ou de leurs substituts ».

Ces lois ont toujours été en pleine vigueur, jusqu'en 1789; et il y a plusieurs exemples de l'exécution qu'elles ont encore reçue peu de temps avant cette époque.

Le 17 mai 1759, le conseil souverain d'Alsace a rendu, sur le réquisitoire du procureur général, un arrêt qui a commis le bailli de Ferrette pour informer de l'émigration des nommés André Janner et Chrétien Bahrer, habitans d'Ober et de Nidermuspach, avec leurs femmes et leurs enfans; et a ordonné qu'en cas de preuve, il serait procédé à l'inventaire des biens qu'ils avaient délaissés, et qu'il y serait établi gardien; pour les procédures faites, envoyées avec les minutes des procès-verbaux de vente des mêmes biens au greffe du conseil, et communiquées au procureur général, être par lui pris telles conclusions qu'il appartiendrait.

Le même jour, il est intervenu un arrêt semblable contre David Knoderer, qui s'était marié et établi en pays étranger sans la permission du gouvernement: mais sur la connaissance qu'en a eue celui-ci, il y a formé opposition, par une requête, sur laquelle il a obtenu audience avec le ministère public, toutes choses demeurant en état.

Le jour de l'audience venu, David Knoderer a justifié « qu'il avait appris la profession de tanneur à Westhoffen, lieu de sa naissance; que son apprentissage fini, il était allé voyager, comme il est d'usage, pour se perfectionner; qu'après avoir travaillé dans différentes villes d'Allemagne, de Hollande et de Suisse, il était venu à Lohr, dépendance du marquisat de Baden-Dourlach, en 1742, et s'y était marié en 1747; mais qu'il n'avait jamais eu dessein d'y demeurer pour toujours; qu'il avait, au contraire, tellement conservé l'esprit de retour et

Digitized by Google

les sentimens de sujet du roi, qu'il n'avait vendu ni aliéné aucun des biens fonds qui lui étaient avenus des successions de ses père et mère; qu'il s'était même fait recevoir bourgeois de la ville de Strasbourg, le 18 janvier 1759; et qu'il y avait en conséquence acquitté le premier quartier de sa capitation ».

Ces considérations ont déterminé le conseil d'Alsace à recevoir, par arrêt du 3 juillet 1762, ce particulier opposant à celui du 17 mai 1759, et à ordonner, en conséquence, qu'il continuerait de jouir des biens à lui appartenant dans cette province, à la charge de donner, pour cette jouissance, une bonne et suffisante caution qui serait reçue par-devant l'ammeistre-régent de la ville de Strasbourg, commis à cet effet.

Dans le temps que le conseil d'Alsace rendait cet arrêt, les Émigrations étaient très fréquentes: elles se multiplièrent encore davantage quelques années après. Enfin, le même conseil s'est cru obligé de rendre, le 20 avril 1769, un arrêt qui, en ordonnant l'exécution de l'édit de 1669 et de la déclaration de 1685, « fait défenses à tous sujets du roi de sortir du royaume et d'aller s'établir en pays étranger, sans une permission expresse et par écrit, de sa majesté, sous les peines portées ès édit et déclaration, et même plus forte s'il y échoit; ordonne en outre que le procès sera fait et parfait extraordinairement à tous particuliers de quelque état, qualité et condition qu'ils soient, qui exciteront, induiront, et suborneront aucun des sujets de sa majesté à quitter le royaume; enjoint aux officiers de justice sur les lieux, de veiller à l'exécution du présent arrêt, à peine de répondre des contraventions en cas de négligence de leur part ».

Le 28 septembre de la même année, le conseil d'Alsace a condamné un juif, pour avoir engagé plusieurs particuliers à émigrer, à être sévèrement réprimandé, et à une amende de 100 livres.

Peu de temps après cet arrêt, on s'est aperçu que ce qui contribuait le plus à rendre les Émigrations aussi fréquentes, c'était, d'une part, la facilité avec laquelle les préposés des communautés délivraient des passeports à tous ceux qui s'adressaient à eux pour en avoir; et de l'autre, l'usage abusif où l'on était d'en laisser aussi délivrer par les ministres luthériens. En conséquence, par arrêt du 25 juin 1770, le conseil d'Alsace a fait défense à tous les préposés des communautés de cette province, de donner, pour quelques causes et raisons que ce pût être, des certificats et passeports, à moins qu'ils n'eussent été auparavant vises par les juges des lieux, à peine de 500 livres d'amende, même d'être poursuivis extraordinairement, s'il y échéait. Le même arrêt a défendu aux ministres luthériens de délivrer aucun de ces certificats, sous les mêmes peines.

Il y a encore sur cette matière un arrêt du même tribunal, du 28 septembre 1770, qui mérite d'être remarqué. Il « fait défenses aux préposés des communautés de la province, d'accorder aucun passeport, ni aux juges de les viser, en faveur de personnes qui auraient nouvellement vendu leurs biens, ou qui paraîtraient suspectes d'Émigration; enjoint à tous officiers de justice et police de veiller, avec la plus scrupuleuse attention, sur les ventes qui pourraient être contractées dans un pareil dessein, et notamment sur les achats qui se feraient par des personnes qui chercheraient à favoriser l'evasion des sujets du roi; déclare toute vente faite trois mois antérieurement aux Émigrations des vendeurs, nulles, lesdits biens confisqués, sur iceux préalablement pris les frais, et en outre telle somme qu'il sera arbitré au profit des dénonciateurs; enjoint pareillement aux dits officiers de veiller de même sur les embaucheurs et autres gens mal intentionnés qui chercheut à attirer les sujets de sa majesté en pays étranger, et généralement sur toutes personnes qui auraient conseille et aidé lesdits sujets prévenus d'Émigration, de les faire arrêter et conduire aussitôt ès prisons de la conciergerie: le tout à peine, contre lesdits officiers, d'être eux-mêmes poursuivis extraordinairement, comme réfractaires aux ordres du roi; enjoint pareillement aux officiers et cavaliers de maréchaussée, ainsi qu'aux gardes des domaines de sa majesté, et à tous autres qu'il appartiendra, d'arrêter toutes personnes qui leur paraîtront suspectes d'Émigration, et aux dits officiers et cavaliers de maréchaussée, lors de leurs tournées dans les communautés, de dresser des procès-verbaux des Émigrations, dont ils seront tenus de s'informer, et d'envoyer lesdits procès-verbaux au procureur général du roi, à l'effet de procéder, soit contre les émigrans, soit contre les préposés des communautés qui ne les auraient point empêchés, le tout à peine de desobeissance; a ordonné et ordonne que le présent arrêt sera envoyé, lu, publié, dans les deux langues, aux prônes, par les curés, dans toutes les paroisses de la province ».

Les traités conclus entre la France et les états voisins pour l'abrogation du droit d'aubaine, n'emportaient aucune dérogation aux défenses d'émigrer. C'est ce qu'établit le réquisitoire sur lequel a été rendu l'arrêt cité, du 20 avril 1769: il y en avait d'ailleurs une clause expresse dans la plupart de ces traités.

Au surplus, on a remarqué par le texte même de l'édit de 1669 et de la déclaration de 1685, que les lois prohibitives des Émigrations, ne s'appliquaient pas à ceux qui avaient obtenu la permission du roi pour sortir de ses états.

Cette permission ne s'accordait jamais que sous différentes réserves: l'une des plus essentielles était que l'émigrant ne pourrait faire aucun acte contraire au service du roi.

Par brevet du 15 septembre 1755, Louis XV permit à Gaspard-Henri Oberlin, d'Hagueneau, et à Catherine-Elizabeth Wulff, sa future épouse, d'aller résider après leur mariage dans la ville de Baden,

Digitized by Google

à la charge de revenir dans le royaume, aussitôt que sa majesté le leur ferait ordonner ».

La clause la plus fréquente dans ces sortes de permissions, était que ceux à qui elles étaient accordées, ne pourraient aliéner les biens qu'ils possédaient en France, ni ceux qui pourraient dans la suite leur échoir par succession.

Cette clause, au reste, était de droit, et on la sous-entendait lorsqu'elle était omise. C'est ce que prouve un arrêt du conseil souverain d'Alsace, du 24 septembre 1756, rendu sur le réquisitoire du procureur général. Ce magistrat avait représenté que la nommée Anne-Marie Meister, qui s'était mariée en vertu de permission du roi, avec Joseph Müller, meunier du village de Landon, sous la souveraineté de l'évêque de Bâle, se disposait à emporter hors du royaume la part qu'elle avait recueillie de la succession de son père et de sa mère, décédés depuis son établissement en pays étranger. En conséquence, l'arrêt cité fit défenses à la femme Müller « d'aliéner ni sortir hors du royaume aucuns de ses biens, qu'en justifiant d'une permisssion de sa majesté; et il a enjoint au procureur-fiscal de Ferrette d'y veiller ».

§. II. *Lois faites sur l'Emigration depuis* 1789.

Par une loi du premier août 1791, « les circonstances où se trouvait la nation française lui faisant un devoir de rappeler dans son sein tous les enfans de la patrie absens, et de ne permettre aux citoyens présens de sortir du royaume que pour des causes reconnues nécessaires », l'assemblée constituante ordonna — (*art.* 1) que « tous les Français absens du royaume seraient tenus de rentrer en France dans le délai d'un mois »; — (*art.* 3) que « ceux qui ne rentreraient pas dans le délai fixé, paieraient, par forme d'indemnité du service personnel que chaque citoyen doit à l'état, une triple contribution personnelle, foncière et mobilière, pendant tout le temps de leur absence »; — (*art.* 8) que « seraient exceptés des dispositions ci-dessus les Français établis en pays étranger avant le premier juillet 1789; ceux qui ne se seraient absentés qu'en vertu de passeports en due forme, pour cause de maladie; ceux qui avaient une mission du gouvernement, leurs épouses, pères et mères domiciliés avec eux; les gens de mer, les négocians et leurs facteurs notoirement connus pour être dans l'usage de faire, à raison de leur commerce, des voyages chez l'étranger »; — (*art.* 9) que « les congés ou permissions de s'absenter hors du royaume, ne seraient accordés à aucun citoyen que par le directoire du district dans le ressort duquel il serait domicilié, et d'après l'avis de sa municipalité, pour des causes nécessaires, indispensables, connues et constatées »; (et que) celui qui solliciterait ladite permission, prêterait individuellement le serment civique, ou justifierait qu'il avait déjà prêté ce serment individuel, et joindrait à sa demande une déclaration par écrit, qu'il entendait y rester fidèle ».

Cette loi ne fut pas de longue durée. Par le tit. 1er de l'acte constitutionnel du 3 septembre suivant, il fut dit que la constitution garantissait, « comme droit naturel et civil, la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir ».

En conséquence, l'art. 5 de la loi du 18 du même mois déclara « qu'il ne serait plus exigé aucune permission ou passeport dont l'usage avait été momentanément établi; (que) le décret du premier août dernier, relatif aux émigrans, était révoqué; et (que), conformément à la constitution, il ne serait plus apporté aucun obstacle au droit de tout citoyen français de voyager librement dans le royaume et d'en sortir à volonté ».

Mais cette nouvelle législation fit bientôt place à d'autres mesures. Dès le 9 février 1792, « l'assemblée nationale, considérant qu'il était instant d'assurer à la nation l'indemnité qui lui était due pour les frais extraordinaires occasionnés par la conduite des émigrés, et de prendre les mesures nécessaires pour leur ôter les moyens de nuire à la patrie », décréta que les biens des émigrés étaient « mis sous la main de la nation, et sous la surveillance des corps administratifs ».

Le 30 mars suivant, il fut pourvu, par un autre décret, à l'administration des biens des émigrés; et il fut en même temps accordé un délai d'un mois à tous les émigrés, pour rentrer en France, et recouvrer par ce moyen la jouissance de leurs biens.

Le 27 juillet de la même année, l'assemblée législative décréta « la confiscation et la vente, au profit de la nation, de tous les biens mobiliers et immobiliers des émigrés ».

La convention nationale alla plus loin.

Par une première loi du 23 octobre suivant, elle déclara les émigrés bannis à perpétuité du territoire français.

Et le 28 mars 1793, réunissant dans une loi générale une foule de lois de détail qui avaient été faites jusqu'alors sur cette matière, elle détermina ainsi la peine et les effets de l'Émigration.

« *Art.* 1. Les émigrés sont bannis à perpétuité du territoire français; *ils sont morts civilement;* leurs biens sont acquis à la république.

« 2. L'infraction du bannissement perpétuel prononcé par l'art. 1, sera punie de mort.

» 3. Les effets de la mort civile dont la nation a frappé les émigrés, ne pourront être opposés à la république: en conséquence, toutes les substitutions dont les émigrés ont été grevés, sont ouvertes au profit de la nation. A l'égard des successions échues aux émigrés, en ligne directe et collatérale, depuis leur Émigration, et de celles qui leur écheoiront par la suite, elles seront recueillies par la république pendant cinquante années, à compter du jour de la publication de la présente loi, sans que, pendant ledit temps, les cohéritiers puissent opposer la mort naturelle desdits émigrés.

» 38. Toute donation entre-vifs ou cause de mort,

Digitized by Google

même celles faites par testament, codicille et contrat de mariage, et tous autres actes de libéralité faits par des émigrés ou leurs fondés de pouvoir, depuis le premier juillet 1789, sont nuls et de nul effet.

» 39. Seront néanmoins exécutés, — 1°. les ventes faites par les donataires d'objets compris aux donations énoncées en l'article précédent, quand les dates desdites ventes auront été arrêtées par l'enregistrement, ou quand elles seront devenues authentiques par des actes publics ou par des jugemens, le tout antérieurement à la promulgation de la loi du 9 février 1792; — 2°. les dispositions rémunératoires contenues dans des actes authentiques en faveur des nourrices, instituteurs et domestiques, pour leur service antérieur au 9 février 1792; mais jusqu'à concurrence seulement de mille livres de rente ou pension viagère pour chaque donataire.

» 40. Tout acte de vente ou aliénation d'immeuble réel ou fictif; toute obligation, cession et tout transport de sommes ou créances; tout partage, licitation amiable ou judiciaire; tous baux à ferme et à loyer, tout engagement et emphitéose, et généralement tout acte de disposition de propriété et d'usufruit, faits et passés par des émigrés ou leurs fondés de pouvoir, ou dans lesquels les émigrés ont des droits ou des intérêts, depuis la promulgation de la loi du 9 février 1792, sont nuls et de nul effet.

» 41. Tout paiement fait aux émigrés ou à leurs agens et fondés de pouvoir, de sommes non exigibles et par anticipation depuis la promulgation de la loi du 9 février 1792, est nul et de nul effet.

» 42. Tout paiement fait aux émigrés ou à leurs agens et fondés de pouvoir, de sommes exigibles et exigées autrement que par ordonnance de contrainte, en exécution d'un titre paré ou d'un jugement, depuis la promulgation de la loi du 8 avril 1792, est nul et de nul effet, sauf le recours de ceux qui ont payé à des agens et fondés de pouvoir.

» 43. Toutes quittances et tous actes de remise de sommes ou effets déposés à des officiers publics, appartenant à des émigrés, depuis la promulgation de la loi du 9 février 1792, sont nuls et de nul effet. — Tout billet, promesse, reconnaissance, effet de commerce, negociables ou non, et généralement tous les actes énoncés aux articles précédens, faits sous signature privée, sont nuls et de nul effet, si leur date n'a pas été arrêtée par l'enregistrement, ou s'ils ne sont pas devenus authentiques par des actes de dépôts publics ou par des jugemens, le tout avant la promulgation de la loi du 9 février 1792.

» 44. Seront exceptés des dispositions de l'art. ci-dessus, — 1°. les salaires d'ouvriers; — 2°. les gages des domestiques seulement pour les trois dernières années de leur service; — 3°. les créances des fournisseurs, quand leurs fournitures auront été reconnues et réglées dans la forme prescrite par la loi du 8 avril 1792, sauf la prescription légale, sur laquelle les juges prononceront, sur les conclusions du commissaire national.

» 45. Seront néanmoins exécutés tous les actes authentiques ou devenus authentiques, de la nature de ceux énoncés aux articles précédens, quoique leur date ou celle de leur authenticité soit postérieure à la promulgation de la loi du 9 février 1792, lorsqu'il sera prouvé que les signataires desdits actes n'ont émigré que depuis la date authentique ou devenue authentique desdits actes ».

La même loi ordonna qu'il fût dressé des listes de tous les émigrés; que ceux qui y seraient inscrits, seraient par cela seul prévenus d'Emigration; que s'ils ne réclamaient pas contre leur inscription dans un certain délai, ils seraient réputés définitivement émigrés; que leurs réclamations seraient jugées par les administrations départementales; mais que les décisions de ces autorités ne deviendraient définitives, qu'après avoir été approuvées par le conseil exécutif provisoire.

Le 25 brumaire an 3, il fut rendu une nouvelle loi qui détermina avec plus de précision que les précédentes, quels étaient ceux que l'on devait considérer comme émigrés, de quelle manière devaient être faites les listes destinées à constater les Emigrations, et comment il devait être procédé sur les réclamations élevées contre ces listes.

Une des dispositions de cette loi attribuait au comité de législation le jugement de ces réclamations.

Cette attribution fut transférée au directoire exécutif par une loi du 28 pluviose an 4.

La loi du 12 ventose an 8 effaça la distinction qui avait été faite jusqu'alors entre les prévenus d'Emigration et les émigrés réels, les confondit tous sous la dénomination commune d'émigrés, attribua aux cours de justice criminelle la connaissance du fait d'Emigration antérieure au 4 nivose précédent, dont seraient prévenus ceux qui n'étaient portés sur aucune liste; et déclara qu'à compter du même jour, tout Français pouvait émigrer impunément. Voici ses termes :

« *Art.* 1. Les individus considérés comme émigrés avant le 4 nivose an 8, époque de la mise en activité de l'acte constitutionnel, ne pouvant invoquer le droit civil des Français, demeurent soumis aux lois sur l'Emigration.

» 2. Ces individus sont, 1°. ceux qui inscrits sur les listes d'émigres avant le 4 nivose, ne sont point rayés définitivement; — 2°. ceux contre lesquels il existait, à la même époque, des arrêtés, soit du directoire exécutif, soit des administrations centrales, qui ordonnaient l'inscription de leurs noms sur la liste des émigrés, pourvu que lesdits arrêtés aient été publiés, ou suivis du séquestre ou de la vente des biens.

» 3. Tout individu qui se serait absenté de France, depuis la mise en activité de l'acte constitutionnel, ou qui s'en absenterait à l'avenir, n'est point soumis aux lois sur l'Emigration.

Digitized by Google

» 4. Ceux qui désormais seront prévenus d'avoir émigré avant le 4 nivose, et qui ne sont pas compris dans les dispositions de l'art. 2, seront jugés par les tribunaux criminels ordinaires.

» 5. Dans le cas de l'article précédent, le commissaire remplissant les fonctions d'accusateur public, sera chargé seul, comme officier de police judiciaire et directeur du jury, de la poursuite et instruction du délit, sur lequel il sera prononcé par des jurés spéciaux d'accusation et de jugement.

» 6. La seule question soumise aux jurés de jugement, sera : *L'accusé est-il coupable d'Emigration?*

» 7. Si l'accusé est déclaré coupable, la confiscation ordonnée par l'art. 93 de la constitution, n'aura d'effet sur les biens du condamné qu'après distraction préalablement faite des droits de la femme et des autres créanciers, et en outre d'un tiers en nature sur la totalité des biens libres du condamné, quotité à laquelle demeurent fixés les droits naturels des enfans et descendans, quel que soit leur nombre ».

On se demande sans doute, à la lecture du premier article de cette loi, comment le législateur a pu se déterminer à réputer émigrés ceux qui, à l'époque du 4 nivose an 8, n'étaient qu'inscrits sur des listes contre lesquelles ils avaient réclamé en temps utile. J'en ai expliqué les motifs dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 6, page 262 : j'y ai fait voir que le gouvernement n'avait proposé cette disposition au corps législatif, que parceque sentant l'impossibilité physique de prononcer comme juge sur toutes les réclamations individuelles des inscrits, et la nécessité de n'y statuer désormais que comme magistrat politique, il fallait ranger tous les inscrits sur la même ligne, les assimiler tous les uns aux autres, les considérer tous comme ayant réellement émigré, afin de pouvoir rayer, par forme de grace, ceux dont la rentrée dans leur patrie lui paraîtrait ne devoir pas en compromettre la tranquillité, et de pouvoir repousser, par mesure de sûreté générale, ceux dont le retour lui paraîtrait dangereux.

Ces vues, aussi sages que profondes, n'ont pas tardé à se développer.

Dès le 28 vendémiaire an 9, un arrêté du gouvernement a partagé les inscrits en plusieurs grandes classes, a ordonné que les uns seraient *éliminés* des listes, et que les autres y seraient maintenus; et a assujetti les *éliminés* à une surveillance particulière.

Le 26 germinal an 10, le gouvernement a proposé au sénat, et le sénat a rendu, le 6 floréal suivant, un décret d'amnistie ainsi conçu :

« Considérant que la mesure proposée est commandée par l'état actuel des choses, par la justice, par l'intérêt national, et qu'elle est conforme à l'esprit de la constitution;

» Considérant qu'aux diverses époques où les lois sur l'Emigration ont été portées, la France déchirée par des divisions intestines, soutenait, contre presque toute l'Europe, une guerre dont l'histoire n'offre pas d'exemple, et qui nécessitait des dispositions rigoureuses et extraordinaires;

» Qu'aujourd'hui la paix étant faite au dehors, il importe de la cimenter dans l'intérieur par tout ce qui peut rallier les Français, tranquilliser les familles, et faire oublier les maux inséparables d'une longue révolution;

» Que rien ne peut mieux consolider la paix au dedans, qu'une mesure qui tempère la sévérité des lois et fait cesser les incertitudes et les lenteurs resultant des formes établies pour les radiations;

» Considérant que cette mesure n'a pu être qu'une amnistie qui fit grace au plus grand nombre, toujours plus égaré que criminel, et qui fit tomber la punition sur les plus coupables par leur maintenue définitive sur la liste des émigrés;

» Que cette amnistie, inspirée par la clémence, n'est cependant accordée qu'à des conditions justes en elles-mêmes, tranquillisantes pour la sûreté publique, et sagement combinées avec l'intérêt national;

» Que des dispositions particulières de l'amnistie, en défendant de toute atteinte les actes faits avec la république, consacre de nouveau la garantie des ventes des biens nationaux dont le maintien sera toujours un objet particulier de la sollicitude du sénat conservateur, comme il l'est de celle des consuls :

» Le sénat conservateur décrète ce qui suit :

» *Tit.* 1. *Dispositions relatives aux personnes des émigrés. Art.* 1. Amnistie est accordée, pour fait d'Emigration, à tout individu qui en est prévenu et qui n'est pas rayé définitivement.

« 2. Ceux desdits individus qui ne sont point en France, seront tenus d'y rentrer avant le 1er vendémiaire an 11.

» 3. Au moment de leur rentrée, ils déclareront devant les commissaires qui seront délégués à cet effet, dans les villes de Calais, Bruxelles, Mayence, Strasbourg, Genève, Nice, Bayonne, Perpignan et Bordeaux, qu'ils rentrent sur le territoire de la république en vertu de l'amnistie.

» 4. Cette déclaration sera suivie du serment d'être fidèle au gouvernement établi par la constitution, et de n'entretenir, ni directement ni indirectement, aucune liaison ni correspondance avec les ennemis de l'état.

» 5. Ceux qui ont obtenu des puissances étrangères, des places, titres, décorations, traitemens ou pensions, seront tenus de le déclarer devant les mêmes commissaires, et d'y renoncer formellement.

» 6. A défaut par eux d'être rentrés en France avant le 1er vendémiaire an 11, et d'avoir rempli les conditions portées par les art. précédens, ils demeureront déchus de la présente amnistie, et definitivement maintenus sur la liste des émigrés, s'ils ne rapportent la preuve en bonne forme de l'impossibilité où ils se sont trouvés de rentrer dans le delai fixé, et s'ils ne justifient en outre qu'ils ont rempli, avant l'expiration du même delai, devant les agens de la république envoyés dans les pays

Digitized by Google

où ils se trouvent, les autres conditions ci-dessus exprimées.

» 7. Ceux qui sont actuellement sur le territoire français, seront tenus, sous la même peine de déchéance et de maintenue définitive sur la liste des émigrés, de faire dans le mois, à dater de la publication du présent acte, devant le préfet du département où ils se trouveront, séant en conseil de préfecture, les mêmes déclaration, serment et renonciation.

» 8. Les commissaires et préfets chargés de les recevoir, enverront sans délai au ministre de la police, expédition en forme du procès-verbal qu'ils en auront dressé. Sur le vu de cette expédition, le ministre fera rédiger, s'il y a lieu, un certificat d'amnistie, qu'il enverra au ministre de la justice, par lequel il sera signé et délivré à l'individu qu'il concerne.

» 9. Sera tenu ledit individu, jusqu'à la délivrance du certificat d'amnistie, d'habiter la commune où il aura fait la déclaration de sa rentrée sur le territoire de la république.

» 10. Sont exceptés de la présente amnistie, 1°. les individus qui ont été chefs de rassemblemens armés contre la république; 2°. ceux qui ont eu des grades dans les armées ennemies; 3°. ceux qui, depuis la fondation de la république, ont conservé des places dans les maisons des ci-devant princes français; 4°. ceux qui sont connus pour avoir été ou pour être actuellement moteurs ou agens de guerre civile ou étrangère; 5°. les commandans de terre ou de mer, ainsi que les représentans du peuple, qui se sont rendus coupables de trahison envers la république; les archevêques et évêques qui méconnaissant l'autorité légitime, ont refusé de donner leur démission.

» 11. Les individus dénommés en l'article précédent, sont définitivement maintenus sur la liste des émigrés; néanmoins le nombre n'en pourra excéder mille, dont cinq cents seront nécessairement désignés dans le cours de l'an 10.

» 12. Les émigrés amnistiés, ainsi que ceux qui ont été élimines ou rayés définitivement depuis l'arrêté des consuls du 28 vendémiaire an 9, seront, pendant dix ans, sous la surveillance spéciale du gouvernement, à dater du jour de la radiation, élimination, ou délivrance du certificat d'amnistie.

» 13. Le gouvernement pourra, s'il le juge nécessaire, imposer aux individus soumis à cette surveillance spéciale, l'obligation de s'éloigner de leur résidence ordinaire jusqu'à la distance de vingt lieues: ils pourront même être éloignés à une plus grande distance, si les circonstances le requièrent; mais dans ce dernier cas, l'éloignement ne sera prononcé qu'après avoir entendu le conseil d'état.

» 14. Après l'expiration des dix années de surveillance, tous les individus contre lesquels le gouvernement n'aura point été obligé de recourir aux mesures mentionnées en l'art. précédent, cesseront d'être soumis à ladite surveillance: elle pourra s'étendre à la durée de la vie de ceux contre lesquels ces mesures auront été jugées necessaires.

» 15. Les individus soumis à la surveillance spéciale du gouvernement, jouiront au surplus de tous leurs droits de citoyen.

» *Tit. 2. Dispositions relatives aux biens. Art.* 16. Les individus amnistiés ne pourront, en aucun cas et sous aucun prétexte, attaquer les partages de présuccession, succession, ou autres actes et arrangemens faits entre la république et les particuliers avant la présente amnistie.

» 17. Ceux de leurs biens qui sont encore entre les mains de la nation (autres que les bois et forêts déclarés inaliénables par la loi du 2 nivose an 4, les immeubles affectés à un service public, les droits de propriété ou prétendus tels sur les grands canaux de navigation, les créances qui ponvaient leur appartenir sur le trésor public, et dont l'extinction s'est opérée par confusion au moment où la république a été saisie de leurs biens, droits et dettes actives), leur seront rendus sans restitution des fruits, qui, en conformité de l'arrêté des consuls, du 29 messidor an 8, doivent appartenir à la république, jusqu'au jour de la délivrance qui leur sera faite de leur certificat d'amnistie ».

§. III. *Celui qui a été inscrit sur la liste des émigrés et qui en est rayé, soit par un arrêté spécial du gouvernement, soit par un brevet d'amnistie, peut-il agir en justice sans justifier de sa radiation?*

La négative est établie dans un plaidoyer, et enoncée comme constante dans un arrêt de la cour de cassation, du 21 vendémiaire an 11, rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 5, page 499.

§. IV. *Un émigré amnistié, peut-il, en vertu de l'arrêté qui le réintègre dans ses anciennes propriétés, intervenir comme défendeur, dans une instance en cassation d'un arrêt rendu au profit de l'état, pendant que l'état exerçait ses droits à titre de confiscation?*

Il y a dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 6, page 310, un arrêt de la cour de cassation, du 19 prairial an 11, qui juge pour l'affirmative.

§. V. — 1°. *La mort civile des émigrés était-elle absolue, ou n'avait-elle d'effet que relativement au fisc?*

2°. *Quels ont été, par rapport à la puissance maritale, les effets de l'inscription du mari sur la liste des émigrés?*

Sur la 1ere question, *V.* le plaidoyer du 8 juillet 1807, rapporté à l'article *Mariage*.

Sur la 2e, *V. Autorisation maritale*, sect. 7, n. 3.

Digitized by Google

§. VI. — 1°. *Le mari qui a été inscrit sur la liste des émigrés, qui a réclamé en temps utile contre son inscription, mais qui n'a été rayé que par un brevet d'amnistie en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, peut-il exercer sur les biens acquis par sa femme pendant son Émigration présumée, les droits qui appartiennent à tout mari sur les conquêtes de la communauté?*

2°. *Le testament fait par un inscrit sur la liste des émigrés, qui avait réclamé en temps utile, et qui n'en a été rayé qu'après sa mort, arrivée depuis la publication de la loi du 12 ventose an 8, est-il valable?*

3°. *Est-il valable, si son auteur est mort avant la loi du 12 ventose an 8?*

I. Le 30 août 1792, inscription du sieur Masson sur la liste des émigrés. — Il réclame contre son inscription, mais sa réclamation n'a pas de suite. — Le 4 messidor an 4, un domaine qu'il avait possédé avant son inscription dans la commune d'Ivrey, est vendu comme bien national par l'administration du département du Jura, à la dame Masson, son épouse. — Le 22 brumaire an 11, le sieur Masson est amnistié. — Le 7 frimaire suivant, il fait signifier son brevet d'amnistie à sa femme, et la somme de lui abandonner l'administration du domaine d'Ivrey, ainsi que de tous les autres biens de leur communauté. — La dame Masson le fait citer devant le tribunal civil de l'arrondissement d'Arbois, pour voir dire qu'elle demeurera séparée de biens d'avec lui, attendu que tous les biens meubles et immeubles qu'il possédait avant son Émigration, ont été vendus au profit de l'état, et qu'étant seule propriétaire du domaine d'Ivrey, elle n'a plus de sûreté pour la restitution, soit des sommes qu'il a reçues d'elle à compte de sa dot, soit de celles qui lui sont encore dues. — Le sieur Masson prétend, au contraire, que la communauté conjugale n'a jamais été dissoute; qu'ainsi, le domaine d'Ivrey, acquis par sa femme, est un conquêt dont la loi le rend maître; et que ce domaine est suffisant pour la garantie de la dot. — Le 22 ventose an 11, jugement qui, adoptant le système du sieur Masson, déboute sa femme des biens de sa demande. — Appel.

Par arrêt du 28 pluviose an 12, — « considérant que la loi du 28 mars 1793 ne frappe de mort civile que les émigrés et ceux qui, étant inscrits sur la liste, ne justifieraient pas de leur résidence en France, dans le délai et les formes prescrites; — que l'art. 31, sect. 2, de la loi du 25 brumaire an 3, et l'art. 3 de celle du 26 floreal suivant, réputent seulement émigrés ceux qui jusqu'alors n'avaient point réclamé contre leur inscription, ou qui étaient déchus de leur réclamation, pour n'avoir pas prouvé légalement leur résidence sur le territoire français; — que par conséquent, ceux qui, comme le sieur Masson, avaient réclamé dans le délai utile, et observé les formes déterminées, pouvant chaque jour être rayés ou élimines, n'avaient point encouru la mort civile, qui ne peut être la suite d'une condamnation provisoire et revocable, et que leur état restait en suspens; — que l'amnistie générale prononcée par le sénatus-consulte du 6 floréal an 10, a levé cette suspension; — qu'elle est même pour ceux qui étaient morts civilement un pardon absolu, un oubli de leur erreur ou de leur faute, et un rappel à la vie civile; — que, d'après les motifs qui l'ont déterminée, son effet doit être nécessairement rétroactif, et faire rentrer tout dans l'ordre et *in pristino statu*, sauf toutefois l'interêt national et les droits acquis à des tiers; — que la preuve de cette rétroactivité se puise encore dans l'avis du conseil d'état du 9 thermidor an 10, qui porte qu'il est tout-à-fait conforme à l'esprit du sénatus-consulte d'étendre la grace aux héritiers, quand la mort a mis le prévenu lui-même hors d'état d'en profiter; — que si, par suite de cette amnistie, le Français émigré ou prevenu d'Émigration, est pleinement rétabli dans ses droits civils et politiques, si l'époux recouvre l'autorité maritale, le père sa puissance paternelle, ils doivent jouir de tous les avantages attachés à ces qualités, et qui en dérivent.....; — que, comme ce n'est point un droit nouveau que le mari acquiert, mais son autorité primitive qu'il reprend, ou dont il continue l'exercice que la loi avait suspendu, un nouveau consentement de la part de son épouse est inutile, lorsqu'elle ne s'en est point affranchie par la voie du divorce; — que la dame Masson n'ayant pas pris cette voie, est actuellement sous la puissance de son mari; et qu'aux termes des art. 1 et 2 de la coutume de Franche-Comté, au titre *des gens mariés*, il est le chef de leur communauté, il doit faire les fruits siens de tous les biens dotaux de son épouse; — que cette communauté n'est point nouvelle, mais celle stipulée par leur contrat de mariage; — que, soit que les effets en aient été seulement suspendus pendant l'inscription du sieur Masson sur la liste des émigrés, ou qu'elle ait été momentanément dissoute, et ensuite rétablie par l'amnistie, il est vrai de dire que, dans l'un et l'autre cas, la loi a reuni les deux extrêmes, et remis les choses, relativement aux époux, dans le même état que si le sieur Masson n'eût jamais été prévenu d'Émigration; — que, par conséquent, il n'y a pas lieu de déclarer que la dame Masson fût de plein droit separée de biens avec son mari; — que le mari ne peut être privé de l'administration et de la jouissance de la dot de son epouse, que lorsqu'il en abuse ou que cette dot est en péril; — que la dame Masson ne prouve point et n'articule pas même que son mari ait aliéné ses biens ou les ait mal administrés.....; — que si la terre d'Ivrey a été confisquée et vendue, son épouse l'a rachetée, et a avoue devant les premiers juges l'avoir payée avec le produit de la vente du mobilier de la communauté; — que cette confiscation n'a été que la suite d'une faute politi-

Digitized by Google

que que des millions de Français ont commise; que la terre d'Ivrey, aujourd'hui libérée de toutes ses charges, est plus que suffisante pour servir de gage à la dot de la dame Masson; — La cour (d'appel de Besançon) confirme la sentence dont est appel »....

La dame Masson se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Que d'erreurs (a dit M. Mailhe, son défenseur), que d'infractions à la loi dans les motifs qui ont déterminé la decision de la cour d'appel de Besançon!

» D'abord, il est certain que l'état d'emigré emporte mort civile. L'art. 1 de la loi du 28 mars 1793 est formel à cet égard.

» Il est vrai que cette loi, ainsi que celle du 25 brumaire an 3, distinguaient entres les *émigrés* on *réputés émigrés*, d'avec les *prévenus d'Emigration;* qu'elles réputaient émigres ceux qui n'auraient pas réclamé contre leur inscription et produit leurs certificats de résidence en temps utile, ou dont la réclamation aurait été rejetée; mais qu'elles considéraient comme simplement prévenus d'Emigration ceux qui, ayant fait leur réclamation et produit leurs certificats de résidence dans les délais prescrits, pouvaient obtenir leur radiation; et qu'en conséquence de cette distiuction, ceux-là étaient irrévocablement frappés de mort civile, avec confiscation absolne de leurs biens; au lieu que ceux-ci continuaient de jouir de leurs droits civils, en attendant qu'il eût été definitivement statué sur leur sort.

» Il est vrai aussi que les juges d'appel ont considéré le sieur Masson comme ayant *réclamé dans le délai utile et observé les formes déterminées.*

» Mais..... supposons qu'en effet il eût réclamé et produit ses certificats de résidence en temps utile, et que, par suite, il n'eût été que prevenu d'Emigration aux yeux de ces lois.

» Dans cette hypothèse, nous dirons que la législation qui suivit la mise en activité de la constitution de l'an 8, fit disparaître la distinction établie par les lois antérieures entre les émigres et les prévenus d'Emigration; et assimila, par rapport à la mort civile, tous les inscrits non encore jugés, aux emigrés proprement dits.

» C'est ce que la cour de cassation a reconnu et déclaré par un arrêt rendu dans l'espèce suivante.

» Le 6 thermidor an 5, Guillaume Maret et sa femme sont inscrits sur le troisième supplement de la liste générale des emigres. — Le 16 fructidor suivant, ils deposent au secrétariat du district de Roanne un memoire par lequel ils demandent que leurs noms soient rayés de cette liste. — Le 17 nivose an 4, Maret fait à Lyon un testament mystique, par lequel il institne sa femme son heritiere universelle. — Dans la suite, Maret et sa femme quittent le territoire français, et se retirent à Nuremberg, pour obéir à la loi du 19 fructidor an 5. — Le 9 floréal an 7, Maret fait à Nuremberg un codicille, par lequel, entr'autres dispositions, il confirme l'institution portée par son testament. — Le 29 du même mois, l'administration centrale de la Loire statue sur le mémoire de Maret et de sa femme, et prononce leur radiation provisoire. — Le 26 messidor an 8, Maret meurt à Nuremberg. — Le 29 germinal an 9, arrêté du gouvernement qui raye définitivement de la liste des émigrés les noms de Guillaume Maret et de sa veuve.

» Contestation sur la validité du testament, entre la veuve héritière testamentaire et les héritiers naturels de Maret. Ceux-ci soutenaient que Maret était en état de mort civile lorsqu'il avait testé, et que, dès-là, son testament devait être déclaré nul. — Arrêt de la cour d'appel de Lyon, qui déclare le testament du 17 nivose an 4 et le codicille du 9 floreal an 7, nuls et de nul effet, comme n'ayant pu transmettre la propriété d'un individu inscrit sur la liste des émigres, et frappé de mort civile pendant la durée de cette inscription. — Recours en cassation de la part de la veuve Maret.

» M. le procureur général impérial porte la parole sur ce recours. — Il rappelle d'abord que le sieur Maret ayant réclamé dans les délais prescrits par les lois de 1793 et de l'an 3, ne pouvait point, jusque-là, être considéré comme frappé de mort civile.— Mais ensuite, il fait voir que, par le changement survenu dans la législation avant la mort du sieur Maret, l'état de ce dernier avait été assimilé à celui d'un inscrit maintenu définitivement sur la liste. — Pour établir cette assimilation, il commence par interroger les arrêtés du gouvernement, des 29 messidor an 8 et 24 thermidor an 9. — Il y voit qu'à l'egard de tous les inscrits qu'il a rayés ou éliminés depuis le 4 nivose an 8, jour de la mise en activité de la constitution, le gouvernement retient au profit de la republique, et contrairement à la législation précédente, non seulement leurs revenus échus pendant le séquestre, mais encore le prix de ceux de leurs biens qui ont été vendus durant le même intervalle, mais encore le fonds même de leurs biens aliénés qui sont dans le cas d'être revendus à la folle enchère des acquéreurs, mais encore celles de leurs propriétés dont la conservation intéresse le plus l'état, c'est-à-dire, leurs bois et leurs forêts. — Puis, il observe que ces mesures du gouvernement pourraient passer pour des actes arbitraires, pour de véritables spoliations, si elles ne trouvaient pas leur justification dans une loi qui eût, depuis le 4 nivose an 8, changé la législation antérieure sur l'état des inscrits. — Quelle est cette loi? C'est celle du 12 ventose an 8, par laquelle sont *considérés comme émigrés*, 1°. ceux qui, inscrits sur les listes d'émigres avant le 4 nivôse, ne sont point rayes definitivement; 2°. ceux contre lesquels il existait, à la même époque, des arrêtés, soit du directoire executif, soit des administrations centrales, qui ordonnaient l'inscription de leurs noms sur la liste des emigrés. — « Ainsi, d'après cette loi, dit M. Merlin, il suffit pour être *considéré comme émigré*, d'avoir son nom inscrit sur une des listes destinees à constater l'Emigration. Ce n'est pas que le gouvernement soit privé, par-là, du droit de rayer de cette liste les noms de ceux qui

Digitized by Google

ont réclamé; mais, en les rayant, il ne sera plus censé faire un acte de justice; il sera censé faire grace, il sera censé rayer de vrais émigrés, il sera censé rendre à la vie civile des hommes morts civilement; et, par une conséquence aussi naturelle que nécessaire, il sera le maître d'apposer à leur radiation telle charge, telle condition qu'il avisera dans sa sagesse.....

» De là, M. Merlin passe aux développemens des vues sages et profondes qui avaient déterminé le législateur à considérer tous les inscrits comme émigrés.

» Enfin, il examine l'arrêté du gouvernement, du 3 floréal an 11, qui porte, art. 3 : « Toutes créances de la république contre un rayé, éliminé ou amnistié, antérieures à son amnistie, demeurent éteintes, s'il est justifié que le trésor public ait reçu, soit par le versement du prix de ses biens vendus, *soit par l'effet de la confusion des créances et droits qui lui appartenaient*, une somme egale au montant desdites créances ». — Remarquez d'abord (continue M. le procureur général), que ces mots *antérieurs à son amnistie*, se réfèrent non-seulement *à l'amnistié*, mais encore à l'*éliminé* ou *rayé*. Donc il y a eu amnistie, non seulement pour l'*amnistié* proprement dit, ou en d'autres termes, pour l'émigré rentré en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, mais encore pour le *rayé*, c'est-à-dire pour l'inscrit qui avait obtenu sa radiation par un arrêté spécial. Donc les inscrits qui ont été rayés par des arrêtés speciaux, l'ont été par pure grace. Donc *tous les inscrits sont réputés avoir émigré*. — Remarquez ensuite ces termes, *soit par l'effet de la confusion des créances et droits qui lui appartenaient*. Il en résulte évidemment que les creances et les droits qui appartenaient aux inscrits avant leur inscription, sont censés, nonobstant la radiation que ceux-ci ont obtenue, avoir été, non pas seulement séquestrés, mais véritablement confisqués au profit de la république; il en résulte par conséquent que les rayés sont censés avoir subi la confiscation....., et par suite avoir encouru la mort civile.... — L'art. 4 du même arrêté est encore plus clair. Par cet article, le gouvernement déclare que les biens échus à la république, par l'effet de la représentation, dans les successions directes et collatérales, *pendant la mort civile des émigrés*, sont specialement affectés aux créanciers de l'émigré, après le paiement des créanciers de la succession. — Vous sentez combien sont décisives ces expressions, *pendant la mort civile des émigrés :* se référant aux émigrés dont il est question dans l'article précédent et dans ceux qui suivent, c'est-à-dire, aux *rayés*, aux *éliminés*, et aux *amnistiés*, elles prouvent, ou plutôt elles démontrent, ou plutôt elles font toucher au doigt et à l'œil, que les *rayés* ont été, comme les éliminés et les amnistiés, en état de mort civile; *que cet état a été l'effet de leur inscription, et qu'il a duré autant qu'elle*.

» Le même magistrat ajoute que le gouvernement actuel n'a jamais varié dans sa conduite ni dans ses actes, sur l'état des personnes qui, à l'époque de son installation, étaient encore inscrites sur la liste des émigrés; qu'il n'a jamais cessé de les traiter *toutes indistinctement* comme de véritables émigrés; qu'il n'a jamais cesse de les considérer, après leur radiation, comme ayant été, jusqu'à leur radiation même, en état de confiscation, de bannissement perpétuel et de mort civile.

» Il termine en disant que la loi du 12 ventose an 8 était promulguée avant la mort de Guillaume Maret; qu'il n'est décédé que le 28 messidor an 8; qu'il est par conséquent décédé en état de mort civile; qu'il a été rayé depuis de la liste des émigrés, mais qu'il ne l'a été qu'à titre de grace; qu'il ne l'a été qu'*en conservant la qualité de mort civilement pendant tout le temps qu'avait duré son inscription.*

» Le 28 germinal an 12, arrêt qui, conformément aux conclusions de M. le procureur général, rejette le recours de la veuve Maret, « attendu que, depuis le changement survenu, par la loi du 12 ventose an 8, à la législation concernant l'état des inscrits sur des listes générales d'émigrés, les inscrits qui sont rayés ou éliminés ou amnistiés, sont assimilés les uns aux autres, par conséquent *considérés comme émigrés;* que le principe établi par cette loi, a encore été développé par des arrêtés postérieurs du gouvernement, notamment par celui du 5 floréal an 11; que Guillaume Maret, inscrit sur une des listes générales d'emigres, le 29 messidor an 3, et en réclamation contre son inscription dans les délais des lois antérieures à celle du 12 ventose an 8, n'avait pas, à cette époque, la capacité pour disposer de ses biens, soit par testament, soit par codicille, ni autrement.....»

» Ainsi, dans l'hypothèse même où le sieur Masson aurait réclamé dans le delai prescrit par les lois de 1793 et de l'an 3, il resterait toujours certain qu'il avait été en état de mort civile pendant tout le temps qu'avait duré son inscription, puisqu'il n'a été qu'amnistié en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10.

» Et en effet, son acte même d'amnistie proclame qu'il avait été valablement inscrit sur la liste des émigrés, qu'il avait constamment été réputé émigré, et conséquemment en état de mort civile.

» Or, cet état de mort civile avait pleinement dissous la communauté de biens preexistante entre lui et sa femme : de sorte que celle-ci avait été par-là rendue à sa liberté naturelle, et que par conséquent le domaine d'Yvrey, par elle acquis, était sa propriété exclusive.

» Cette conséquence, puisée dans la nature même des choses, a d'ailleurs été formellement consacrée par un arrêt de la cour suprême du 24 floréal an 11..... (V. *Autorisation maritale, sect. 7, n.* 3).

» Il est donc certain que, dans l'espèce actuelle, il y avait eu separation de biens et dissolution de communauté; et que par conséquent la dame Masson avait acquis exclusivement pour elle, et

Digitized by Google

non pour une communauté qui n'existait plus.

» Ajoutons qu'il avait été procédé à la liquidation des reprises de la dame Masson sur les biens de son mari, représenté par la république; et qu'ainsi la dissolution de la communauté se trouvait consommée et proclamée par le fait.

» Presses par ces vérités incontestables, les juges d'appel se retranchent à dire que le sénatus-consulte a rétabli les émigrés amnisties dans leurs droits civils *avec effet retroactif;* et de là ils concluent que la loi a réuni les deux extrêmes, et remis les choses, relativement aux deux époux, dans le même état que si le sieur Masson n'eût jamais été frappé de mort civile.

» M. d'Aguesseau, traitant, dans son 57e plaidoyer, la question de savoir si le mariage contracté par le duc de Guise avec la comtesse de Bossu, pendant qu'il était en état de mort civile, à Bruxelles, pouvait être considéré comme ayant été validé par les lettres d'abolition que le duc avait obtenues du souverain, distingue deux sortes de restitutions, les unes de justice, et les autres de grace.

» Les premières, dit-il, sont des restitutions accordées par la loi même à celui qui vient se justifier devant la justice, des absolutions plutôt que des restitutions, des preuves de l'innocence du sujet, et non pas de l'indulgence du prince. Les autres sont, au contraire, de véritables graces.

» Il ne doute point que le jugement qui prononce la restitution, n'ait un effet retroactif, attendu que ce jugement attaque le principe et le fondement de l'incapacité; qu'à l'instant où l'innocence paraît, non seulement toutes les suites du crime sont effacées de plein droit, mais qu'on juge même qu'elles n'ont jamais subsisté; que le ministère du juge déclare l'innocence et ne la donne pas; que c'est même parler improprement que de dire qu'un jugement d'absolution a un effet rétroactif.

» Mais il lui paraît difficile de donner un effet rétroactif à l'autre espèce de restitution, qui ne vient point de l'innocence de celui qui l'obtient, mais de la clémence du prince qui l'accorde. — Il reconnaît néanmoins au prince le pouvoir de donner un effet retroactif à ses lettres de grace. — Mais il faut, ajoute-t-il, que cette volonté soit exprimée par les lettres mêmes.

» Il observe que les lettres d'abolition accordées au duc de Guise contenaient une clause expresse, par laquelle on le rétablissait *dans la possession et jouissance de ses biens, ainsi qu'il avait fait ou pu faire avant toutes les procédures* et condamnations, et comme si rien ne fût avenu. — Mais il remarque aussi que ces expressions, usitées dans les lettres de grace, se rapportent toujours au temps present. — « N'y aura-t-il point de difference (continue M. d'Aguesseau) entre un innocent absous par la justice et un coupable absous par la grace du prince? Le roi peut, à la verité, égaler l'un à l'autre; mais ne faut-il pas qu'il le déclare? — Il doit y avoir quelque différence entre un sujet fidèle qui, après avoir été pris par les ennemis de l'état, revient en France jouir du droit de retour appelé *postliminium*, et un sujet auquel le prince fait grace par un excès d'indulgence. — La loi fait aisement des fictions favorables lorsqu'il s'agit du premier; mais elle refuse d'en faire pour le second. *Transfugæ nullum postliminium est.* Loi 19, D. *de captivis et de postliminiis.* — Il n'est pas à présumer que la loi fasse une fiction en faveur du coupable: il faudrait donc qu'elle l'eût expressément expliquée; sinon cette fiction ne peut être suppléée. — Le droit romain nous apprend que l'on ne donne point un effet rétroactif aux lettres d'abolition contre les actes consommés pendant l'incapacité de celui qui est condamné. — Un père, à la vérité, recouvre, par l'indulgence du prince, les droits de puissance paternelle qu'il avait sur ses enfans avant sa condamnation: mais tout ce que ses enfans ont fait pendant son incapacité, est confirmé par la loi, *même leur testament, à l'égard duquel on ne peut pas dire cependant qu'il y eût encore de droit acquis irrévocablement à un tiers*, de peur, dit la loi dernière, §. 1, C. *de Sententiam passis et restitutis*, que, par une étrange absurdité, il n'arrive que l'on juge que le fils a été en même temps père de famille et fils de famille, affranchi de la puissance paternelle et soumis à cette même puissance ».

» Nous devons cependant convenir que M. d'Aguesseau balance les raisons pour et contre, relativement à la validité du mariage du duc de Guise, et semble même professer une espèce d'incertitude; mais, malgré cela, on voit clairement que, dans son opinion, la rétroactivité ne peut pas résulter des lettres de grace, à moins qu'elle n'y soit littéralement énoncée.

» Aussi termine-t-il sa discussion en ces termes; « Peut-on dire que les lettres d'abolition ont confirmé un tel acte (le mariage du duc de Guise)? S'il était innocent en soi, grande question, et la rigueur du droit serait contre.... ».

» Et en effet, il conclut à la nullité du mariage, et ses conclusions furent adoptées par arrêt du cidevant parlement de Paris, du 5 janvier 1700.

» Le sénatus-consulte du 6 floréal an 10 donne-t-il à l'amnistie ou à la grace qu'il accorde aux émigrés, plus d'extension qu'il n'y en avait dans les lettres d'abolition obtenues par le duc de Guise?

» Non: il est conçu, au contraire, en termes essentiellement restrictifs, et il ne porte d'ailleurs aucune disposition de laquelle on puisse induire l'effet retroactif invoqué par le sieur Masson.

» Il est dit dans l'art. 15, que les amnisties *jouiront de tous leurs droits de citoyen.* — Mais très certainement cet article, le seul qui parle des droits des amnisties, n'admet pas un effet retroactif. — Ne sait-on pas d'ailleurs que l'art. 16 déclare formellement que *les individus amnistiés ne pourront en aucun cas, ni sous aucun prétexte, attaquer les partages de présuccession, succession, ou autres actes et arrangemens faits entre la république et*

Digitized by Google

les particuliers avant la présente amnistie ? » — Or, l'acquisition faite par la dame Masson et la liquidation de ses reprises sur les biens de son mari, n'étaient-ils pas des actes passés entr'elle et la république ? Et l'art. 16, par la généralité de ses dispositions, ne lui garantit-il pas personnellement l'effet de ces actes ?

» Quels sont donc les droits dans lesquels les amnisties ont été réintégrés par le sénatus-consulte ?— Ce sont les droits dont ils jouissaient avant leur Emigration, sauf les altérations de fait que ces droits peuvent avoir subies pendant l'Emigration même.— Ainsi, le sieur Masson a bien été reintégré dans la puissance maritale qu'il avait exercée avant son Emigration; mais il n'y a pas été reintégré avec effet rétroactif; il n'y a pas été réintegré par rapport aux actes faits par sa femme pendant qu'il était en état de mort civile, c'est-à-dire, dans l'intervalle de l'époque de son inscription à celle de son amnistie; intervalle pendant lequel sa femme a joui de sa liberté naturelle.

» La cour d'appel invoque, en faveur du prétendu effet rétroactif, l'avis du conseil d'etat du 9 thermidor an 10, portant *que l'amnistie ayant été principalement accordée en faveur des familles des émigrés, il est tout à fait conforme à l'esprit du sénatus-consulte d'etendre la grace aux héritiers, quand la mort a mis le prévenu lui-même hors d'état d'en profiter.* — Mais sur quelle question cet avis est-il intervenu ? Sur une question conçue en ces termes : *Les prévenus d'Emigration non rayés definitivement, dont le décès a précédé la publication de l'amnistie, peuvent-ils être amnistiés ?* Or, qu'a de commun cette question avec le prétendu effet rétroactif ? Elle a pour unique objet de faire décider que les héritiers d'un prévenu d'Emigration, décédé avant la publication du sénatus-consulte, peuvent eux-mêmes solliciter son certificat d'amnistie, pour se faire envoyer en possession de ses biens invendus. — Aussi le conseil d'etat, après avoir énoncé son avis sur cette question dans les termes ci-dessus rapportés, explique-t-il ultérieurement cet objet, en ajoutant immédiatement: *Si le prévenu d'Emigration eût vécu, il serait rentré dans les biens dont l'art. 17 du sénatus-consulte fait remise aux amnistiés: comment refuser la même grace à ses enfans républicoles ?*

» La cour de cassation n'a-t-elle pas d'ailleurs proscrit le système de l'effet rétroactif, par son arrêt du 28 germinal an 12, portant rejet du recours de la veuve Maret? Et en effet, si le sénatus-consulte avait rétabli les amnistiés dans leurs droits avec effet rétroactif, le résultat eût été que le testament de Guillaume Maret, quoique d'abord nul à raison de sa mort civile, aurait été validé par sa radiation assimilée à l'amnistie; et par consequent, il aurait fallu casser l'arrêt de la cour d'appel de Lyon.

» La même cour n'a-t-elle pas encore proscrit ce système, en déclarant par son arrêt du 24 floréal an 13, que la mort civile du sieur Saffrey, résultante de l'inscription de son nom sur la liste des émigrés, avait dissous sa puissance maritale, ainsi que la communauté préexistante entre lui et sa femme; et qu'en conséquence, celle-ci se trouvant rendue à sa liberté naturelle, avait pu valablement aliener?

» De là il résulte evidemment que, si la dame Masson avait aliéné ses biens pendant l'Emigration de son mari, ce dernier ne pourrait revenir sur ces alienations. — Or, ne faut-il pas decider, par la même raison, que si, au lieu d'aliéner elle a acquis, son acquisition est sa propriété particulière, sans que son mari puisse la faire rentrer, avec effet rétroactif, dans la société conjugale rétablie par son amnistie ?

» Répondrons-nous aux objections ultérieurement hasardées, soit dans l'arrêt attaqué, soit dans les défenses du sieur Masson?

» Devant la cour d'appel, le sieur Masson prétendait..... que sa femme avait payé le prix de l'adjudication du domaine d'Ivrey avec le mobilier de la communauté qu'elle avait vendu, et avec quarante-cinq louis qu'il lui avait envoyés.

» Les juges d'appel ont méprisé, ont implicitement écarté, comme pure allégation, ce prétendu envoi de quarante-cinq louis. Mais ils diseut que la dame Masson *a avoué devant les premiers juges avoir payé la terre d'Ivrey avec le produit de la vente du mobilier de la communauté.*

» La vérité est que le jugement de première instance n'enonce point ce prétendu aveu. Comment donc les juges d'appel peuvent-ils l'y avoir trouvé? La dame Masson n'avait-elle pas d'ailleurs consigné le démenti le plus formel à cet egard, dans son mémoire imprimé, produit devant eux ? — N'avaient-ils pas même sous leurs yeux le procès-verbal du district d'Arbois du 22 mars 1793, portant vente du mobilier du sieur Masson au nom de la république? — Eût-elle disposé d'une partie du mobilier avant l'apposition des scellés, qui eut lieu vers la fin de 1792, pourrait-on en conclure que le prix en aurait servi au paiement d'une acquisition qui ne fut faite que plus de quatre ans après? Ce prix n'aurait-il pas été mille fois absorbé par ses besoins et ceux de ses enfans, pendant cet intervalle de quatre ans, qu'elle passa dans le plus triste état d'indigence et de misère?

» En supposant même qu'elle eût payé le prix de l'adjudication avec les deniers de son mari, ne serait-il pas toujours absurde de prétendre que l'acquisition eût été faite pour un homme mort civilement, ou pour une communauté qui n'existait plus? — N'est-il pas constant, en principe, que la chose achetée appartient à celui au nom de qui a été fait l'achat, et non à celui auquel appartenaient les deniers qui y ont été employés, et que ce dernier conserve seulement son action pour le recouvrement de ses deniers? N'est-il pas constant en principe, n'est-il pas décidé textuellement par la loi 6, C. *de rei vindicatione*, par la loi 21, C. *de probationibus*, par les lois 1, 2, 3 et 8, C. *si quis alteri vel sibi*, qu'alors même que la chose achetée aurait été livrée à la personne qui aurait fourni les deniers, celle-ci

Digitized by Google

n'en serait pas moins tenue de rendre tous les fruits par elle reçus, à celui au nom de qui la chose a été acquise?

» Ajoutons que la dame Masson a acquis de la république exerçant les droits de son mari; de sorte que son mari était en effet le vendeur représenté par la république. Ne repugne-t-il donc pas à la raison et à la nature des choses, qu'elle ait acquis pour lui?

» Et s'il avait été possible qu'elle acquît le domaine d'Ivrey pour son mari, ce domaine n'aurait-il pas été de nouveau confisqué par la république, malgré qu'elle en eût reçu le prix?

» Concluons que, sous quelque rapport qu'on envisage les choses, l'arrêt attaqué a formellement contrevenu aux lois citées; et que les objections du sieur Masson ne servent qu'à faire ressortir de mieux en mieux ces diverses contraventions.

» Les juges d'appel ont ultérieurement contrevenu à la loi 24, D. *soluto matrimonio*, et à la loi 25, C. *de jure dotium*, qui veulent que les femmes puissent se faire séparer de biens, et répéter leur dot dans tous les cas où elle est mise en péril par le mauvais état des affaires de leurs maris. — Ils ont considéré que le domaine d'Ivrey *est plus que suffisant pour servir de gage à la dot de la dame Masson.* — Mais une fois constant que ce domaine est la propriété de la dame Masson, et que son mari n'a pas de gage personnel à lui offrir, il reste démontré que la disposition de l'arrêt qui refuse la séparation de biens, est en opposition formelle avec la loi ».

D'après ces moyens, inutilement combattus par le sieur Masson, arrêt du 10 juin 1806, sur délibéré, au rapport de M. Bauchau, par lequel, — « Vu l'art 1 de la loi du 28 mars 1793, les art. 1 et 2 de celle du 12 ventose an 8, et les art. 3 et 4 de l'arrêté du gouvernement, du 3 floréal an 11; — Considérant que de l'ensemble de ces lois et arrêtés il résulte que ceux qui, à l'époque de la publication de la loi du 12 ventose an 8, étaient inscrits sur des listes générales d'émigrés, et qui, à l'époque de la publication de la loi du 4 nivose précédent, n'étaient ni rayés ni éliminés, quoiqu'ils eussent réclamé en temps utile contre leur inscription, sont considérés comme émigrés;—Considérant que ladite loi du 12 ventose les a frappés de la peine de la mort civile prononcée par l'art 1 de la loi du 28 mars 1793 ci-dessus transcrit; que cette peine a été, par l'effet de la même loi, encourue dès l'époque de l'émigration; — Considérant que le sieur Masson a été inscrit sur la liste des émigrés le 30 août 1792, et qu'il n'a obtenu son amnistie que le 22 brumaire an 11; que dans tout cet intervalle, il a été constitué en état de mort civile; — Considérant que dans cet état, il a cessé d'être en communauté de biens avec sa femme; — Considérant que, par suite de cette cessation, le domaine d'Ivrey que la dame Masson a acquis de la nation, le 4 messidor an 4, lui a dès-lors appartenu à l'exclusion du sieur Masson; — Considérant que l'amnistie obtenue par le sieur Masson, n'a pas eu d'effet rétroactif en tel sens qu'elle eût rétabli la communauté conjugale entre lui et la dame son épouse, à dater de l'époque de son émigration, comme si elle n'eût jamais cessé; — Considérant que la cour d'appel de Besançon a violé les lois précitées, en jugeant que l'inscription du sieur Masson sur la liste générale des émigrés, ne l'a pas constitué en état de mort civile, et qu'en tout cas son amnistie eût rétabli pour lui la communauté conjugale, comme si elle n'eût jamais cessé; — Par ces motifs, la cour casse et annulle..... »

II. Jean Meyer, de Gand, fait un testament, le 20 mai 1799, et meurt le 14 juillet suivant. Question de savoir si ce testament est valable. — Les héritiers *ab intestat*, soutiennent la négative, sur le fondement qu'à l'époque de la confection de son testament, comme à celle de son décès, Jean Meyer était inscrit sur la liste des émigrés de la ci-devant Belgique; qu'à la vérité, il avait réclamé dans le délai fatal contre son inscription; mais qu'il n'avait été rayé définitivement que le 1er frimaire an 10 (22 novembre 1801), et après la promulgation de la loi du 12 ventose an 8, laquelle avait réputé émigrés tous ceux qui étant alors inscrits sur la liste, n'en avaient pas encore été rayés définitivement; qu'ainsi, Jean Meyer est décédé en état d'Émigration; que dès-là, son testament est nul; et que la question a été ainsi jugée par l'arrêt de Marêt du 28 germinal an 12 (rapporté dans le n°. précédent).— Les héritiers institués répondent que la loi du 12 ventose an 8 a introduit un droit nouveau, et qu'elle ne peut pas rétroagir sur l'état des inscrits morts avant sa publication; que Jean Meyer est décédé sous l'empire des lois des 28 mars 1793 et 25 brumaire an 3, qui distinguaient les prévenus d'Émigration d'avec les émigrés; que par sa réclamation en temps utile contre son inscription, il s'est maintenu dans sa qualité de simple prévenu; qu'il est mort dans cet état; et qu'en cela il diffère de Marêt qui ayant, comme lui, réclamé en temps utile avant la loi du 12 ventose an 8, n'était mort qu'après la publication de cette loi.— Par arrêt du 16 prairial an 12, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de Gand, la cour d'appel de Bruxelles déclare le testament valable, « attendu que l'effet de la radiation est de rendre nulle, dès son principe, l'inscription ». — Les héritiers *ab intestat* se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et le présentent comme ayant violé la loi du 12 ventose an 8. — Les héritiers institués, assignés sur cette demande, emploient, pour leur défense, les mêmes moyens qu'ils ont fait valoir en première instance et sur l'appel. — Le 12 mai 1806, au rapport de M. Ruperou, arrêt par lequel, — « considérant qu'il est constant *en droit* que les inscrits qui avaient réclamé en temps utile, étaient seulement réputés *prévenus d'Émigration*, et qu'une telle prévention ne pouvait être considérée que comme une simple accusation qui n'était pas la faculté de tester; — considérant que la loi du 12 ventose an 8, *en admettant qu'elle ait apporté un changement à la législation sur la matière*, ne

Digitized by Google

saurait être applicable à Meyer, décédé en état de simple prévention d'Emigration, bien long-temps avant que cette loi ait été portée : — d'où il suit que Meyer n'ayant été, à l'époque de la confection de son testament et à celle de sa mort, qu'en état de simple prévention d'Emigration, et son nom ayant été depuis rayé définitivement, on ne peut pas dire que, dans aucun temps, il ait été frappé de mort civile, par l'effet de son inscription sur la liste ; — la cour rejette..... »

On voit par ces mots, *en admettant qu'elle ait apporté un changement à la législation sur la matière*, que la section civile a voulu, en statuant sur cette affaire, laisser intacte, quant à elle, la question de savoir si, par l'effet de la loi du 12 ventose an 8, les inscrits qui avaient réclamé en temps utile avaient été assimilés aux vrais émigrés. Cette question, en effet, n'avait encore été, à cette époque, jugée pour l'affirmative que par l'arrêt de la section des requêtes du 28 germinal an 12. Mais on a vu au n°. précédent, que, depuis, la section civile s'est prononcée sur cette question dans le même sens que l'avait fait précédemment la section des requêtes.

§. VII. *L'acquéreur d'un bien dont le vendeur a émigré postérieurement à la vente, qui, après la loi du 30 mars-8 avril 1792, a fait des paiemens à un créancier hypothécaire délégué par le contrat, peut-il répéter contre celui-ci le montant de ces paiemens, lorsqu'en vertu de la loi qui les déclare nuls, il est forcé de payer une seconde fois entre les mains de l'administration des domaines?*

Il a été jugé pour la négative par un arrêt de la cour de cassation du 22 germinal an 9, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 165.

§. VIII. *Les créanciers d'une personne inscrite sur la liste des émigrés, qui ont obtenu de l'état la liquidation de leurs créances, peuvent-ils, après la radiation de leur débiteur, revenir contre lui?*

Il faut distinguer. Ou ces créanciers ont été, par suite de la liquidation de leurs créances, inscrits sur le grand-livre de la dette publique; ou ils n'ont fait que retirer les certificats constatant que leurs créances étaient liquidées.

Au premier cas, plus d'action pour eux contre leurs débiteurs.

Au second cas, les décisions rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 179, 180 et 181, sembleraient faire entendre qu'il en doit être de même que dans le premier.

Mais ces décisions ont été expliquées dans un tout autre sens par un très grand nombre de décrets postérieurs; en voici notamment un du deuxième jour complémentaire an 12.

« NAPOLÉON, empereur des Français, vu la réclamation de François Rué, demeurant à Blois, contre un arrêté du préfet du département de l'Indre, en date du 10 floréal an 12, par lequel le préfet déclare inadmissible la demande qu'il avait faite en remise de ses titres de créances contre le sieur Coigneux, amnistié, pour exercer ses droits contre son débiteur, en offrant de rapporter les certificats de liquidation et mandats d'arrérages qui lui avaient été délivrés, et n'avaient pas été suivis d'inscription au grand-livre ni de paiement réel; — vu ledit arrêté et les motifs qui lui ont servi de base; — le conseil d'état entendu, — décrète : *Art.* 1er. L'arrêté du préfet du département de l'Indre, en date du 10 floréal an 12, est annulé. — 2. Les titres des créances de François Rué lui seront remis, en rapportant par lui les certificats de liquidation et mandats d'arrérages qui lui ont été délivrés. — 3. Le ministre des finances est chargé de l'exécution du présent décret ».

§. IX. *Est-ce à l'autorité administrative ou au pouvoir judiciaire qu'appartient la connaissance des contestations qui s'élèvent sur la question traitée dans le paragraphe précédent?*

Cette question est nettement décidée par l'arrêté du gouvernement du 23 pluviose an 11, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 180 : « Du moment (y est-il dit) où un prévenu d'Emigration, rétabli dans ses droits et traduit devant les tribunaux, prétend que la créance pour laquelle il est poursuivi, a été définitivement liquidée, les tribunaux doivent renvoyer les parties devant l'autorité administrative, à l'effet de faire statuer sur ce point ».

C'est ce que décide encore un décret impérial du 11 mai 1807, dont voici les termes :

« NAPOLÉON, empereur des Français et roi d'Italie, vu l'arrêté du préfet du Gard du 5 mars 1807, qui a élevé le conflit d'attribution relativement à deux arrêts, l'un du tribunal d'appel de Nîmes du 17 thermidor an 10, l'autre de la cour de cassation du 7 octobre 1806, intervenus sur des débats entre la demoiselle Pecou, veuve de feu Boutin-Saint-Ange, et la dame Joubaud, fille et héritière de feu Favan; — Vu deux arrêtés de l'administration centrale du Gard des 25 prairial et 27 thermidor an 7, lesquels, à raison de l'affirmation faite au nom de la dame Boutin, des créances résultantes de son contrat de mariage, et dues par le gouvernement représentant l'émigré Gaussin, donataire de l'universalité des biens de son mari, la déclarent créancière directe de la république, et liquident la totalité desdites créances à la somme de 104,077 fr. 18 cent.; — Vu un jugement du tribunal de première instance d'Alais du 3 nivose an 10, qui, sur le fondement que les deux arrêtés de liquidation de l'an 7 n'ont point opéré le paiement définitif des créances de la veuve Boutin, déclare partie d'un terrain dit l'enclos de la comte, vendue par son mari à feu Favan, et par

Digitized by Google

celui-ci au sieur de Foslacan, dont la dame Joubaud a pris le fait et cause, affectée et hypothéquée aux créances de ladite veuve Boutin ; — Vu l'arrêt susdaté du tribunal d'appel de Nîmes, qui, en considérant la liquidation faite par le département, approuvée par le ministre des finances et notifiée à la trésorerie nationale, comme un paiement effectif des reprises dotales de la veuve Boutin, lequel a éteint toutes les hypothèques existantes, infirme le jugement du 3 nivose an 10, et relaxe la dame Joubaud de la demande en déclaration d'hypothèque de la veuve Boutin ; — Vu enfin l'arrêt de la cour de cassation du 7 octobre 1806, qui, d'après les mêmes motifs, a rejeté le pourvoi de la veuve Boutin contre l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes ; — Considérant que dès qu'en plaidant sur la demande en déclaration d'hypothèque, il s'élevait un débat sur le paiement ou non paiement des créances, par l'état, les parties devaient être renvoyées, sur ce point, devant l'autorité administrative à laquelle seule il appartient de juger de l'effet des arrêtés de liquidation et autres actes administratifs faits en exécution des lois d'exception relatives à l'Émigration ; — Notre conseil d'état entendu, nous avons décrété et décrétons ce qui suit : — *Art.* 1. Le jugement du tribunal de l'arrondissement d'Alais du 3 nivose an 10, ensemble les dispositions des arrêts des 17 thermidor de la même année et 7 octobre 1806, relatives audit jugement, sont déclarées comme non avenues. — 2. Notre grand-juge ministre de la justice et notre ministre des finances sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret ».

§. X. *Est-ce à l'autorité administrative ou au pouvoir judiciaire qu'appartient la connaissance des contestations élevées entre un émigré amnistié et les héritiers de sa ci-devant épouse, sur la validité de la donation que celle-ci avait faite à la république, après avoir obtenu son divorce, des créances qu'elle avait sur l'état représentant son ci-devant mari émigré?*

En floréal an 2, Anne-Pauline Ardillier, femme divorcée de Louis-Gaspard de Lestrade, émigré, adresse au président de la convention nationale une lettre par laquelle elle déclare faire don à la république, comme obligée aux dettes des émigrés, de deux créances qu'elle a sur l'état; l'une de 108,760 l., montant de sa dot; l'autre de 24,000 liv., dont le sieur d'Hautefort, émigré comme son mari, était débiteur. — Le 20 messidor suivant, cette lettre est lue à la convention nationale, qui en ordonne la mention au procès-verbal et l'insertion au bulletin de correspondance.

En germinal an 3, Anne-Pauline Ardillier charge son fondé de pouvoir à Paris, de tâcher d'obtenir que sa donation soit regardée comme non avenue, et que les titres de ses créances lui soient remis. Ce fondé de pouvoir se présente le 26 du même mois au bureau de la liquidation générale, demande et obtient sans difficulté la remise de ces titres.

En pluviose an 4, décès d'Anne-Pauline Ardillier, laissant pour héritier le sieur Petiniau.

Le sieur de Lestrade ayant été amnistié et réintégré dans ses biens en vertu du sénatus-consulte du 6 floreal an 10, le sieur Petiniau se pourvoit contre lui pour le faire condamner à la restitution de la dot de 108,760 liv. — Le sieur de Lestrade répond que sa ci-devant épouse a fait remise de sa créance à la république ; que dès-là, sa créance n'existe plus, et que son héritier est sans action.

Le 27 prairial an 13, jugement du tribunal-civil de Périgueux, qui déclare le sieur Petinian non recevable.

Le sieur Petiniau appelle de ce jugement, et demande le renvoi de la cause devant l'autorité administrative.

Par arrêt du 17 mars 1806, la cour d'appel de Bordeaux confirme ce jugement, — « Attendu, 1°. que la cause est purement de la compétence de l'autorité judiciaire ; — 2°. Que le don fait par Pauline Ardillier à la république, subrogée aux droits de son mari, et qui le représentait, équivaut à une remise de la dette ; que l'effet de cette remise est de libérer tous les débiteurs solidaires, et d'éteindre la créance ; que par conséquent Pauline Ardillier cessa d'être créancière des 108,160 liv. dont elle fit don à la république, le jour même que ce don fut offert, et que la convention en décréta l'insertion au bulletin ».

Le sieur Petiniau se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant les lois qui déterminent les attributions respectives du pouvoir judiciaire et de l'autorité administrative.

Le 7 avril 1807, au rapport de M. Henrion, arrêt par lequel, « vu le décret impérial du 30 thermidor an 12, dont un des motifs est ainsi énoncé : *considérant que le jugement des contestations résultant de l'exercice des droits dans lesquels les émigrés rayés, éliminés et amnistiés ont été restitués, appartient aux tribunaux, sous la seule condition de ne porter aucune atteinte aux actes administratifs;* et attendu que dans l'espèce, loin de contredire la validité de la donation faite par la dame de Lestrade à la république, la prétention du sieur Lestrade n'avait d'autre objet que de s'en approprier l'effet, en soutenant que par l'effet de la confiscation de ses biens au profit de la république, par le fait de son Émigration, il s'était opéré une confusion qui avait anéanti les droits de la dame de Lestrade ou de ses héritiers, relativement aux reprises résultant de son contrat de mariage ; — d'où il suit que la cour d'appel, en se refusant au renvoi proposé par le demandeur devant l'autorité administrative, n'a fait qu'une juste application des lois de la matière; — La cour rejette..... »

§. XI. — 1°. *Est-ce à l'autorité administrative ou au pouvoir judiciaire qu'appartient la connaissance des contestations relatives aux droits dans*

Digitized by Google

lesquels les émigrés ont été réintégrés par leurs brevets d'amnistie ?

2°. Les débiteurs des émigrés amnistiés peuvent-ils exciper contre eux de la confusion qui, pendant leur Émigration, s'était opérée de leurs créances sur des particuliers, avec les dettes dont ils étaient tenus envers l'état ?

De ces deux questions, la seconde est décidée négativement par un décret impérial et un arrêt de la cour de cassation, qui sont rapportés à l'article *Confusion*, §. 5.

Elle est encore décidée dans le même sens par un autre décret du 30 thermidor an 12, et qui prononce en même temps sur la première question. Voici comment il est conçu :

« Napoléon, Empereur des Français, vu la réclamation présentée par les héritiers de la demoiselle Languedor-Becthomas, 1°. contre un arrêté du préfet du département de la Seine-Inférieure, du 19 brumaire an 12, lequel autorise le sieur Lambert-Frondeville, rayé de la liste des émigrés, à faire le recouvrement des arrérages courus pendant son Émigration, d'une rente dont ils sont débiteurs envers lui, ainsi qu'à régler avec eux le compte de divers objets de répétitions réciproques, fixés par un arrêté de l'administration centrale du même département, du 9 ventose an 5, et dont la compensation a été ordonnée par ledit arrêté ; 2°. contre l'action judiciaire exercée par ledit sieur Lambert envers eux réclamans, relativement aux répétitions dont il s'agit ; — ladite réclamation tendant, 1°. à ce que l'arrêté précité soit annullé, que tous les actes judiciaires faits à la requête dudit Lambert le soient également, et que les tribunaux soient déclarés incompetens pour le débat dont est question ; 2°. à ce qu'il soit dit que les sommes à la décharge des réclamans, qui, durant le cours du papier-monnaie, ont été versées dans les caisses nationales, les ont libérés franc pour franc ; 3°. à ce qu'il soit déclaré que les biens restitués à la feue dame Grasville, rayée de la liste des émigrés, ne sont grevés de la portion de rente étant à sa charge dans celle due par la coherie Languedor au sieur Lambert, que dans la proportion de ce qui reste aux héritiers de ladite dame Grasville des biens de la ligne Languedor, avec ce qui en a été aliéné par l'administration, et ce, à cause de la confusion qui s'est opérée lorsque la république reunissait la double qualité de créancière et de débitrice ; vu les mémoires et contredits du sieur Lambert-Frondeville ; vu l'arrêté du 9 ventose an 5 ; celui du conseil de préfecture du 10 nivose an 11 ; la décision du ministre des finances du 5 brumaire an 12 ; et l'arrêté du préfet du 19 du même mois ; la lettre du conseiller d'état ayant le département des domaines nationaux au préfet, en date du 14 floréal an 12 ; et l'arrêté de conflit du 8 prairial ; — considérant que le jugement des contestations résultant de l'exercice des droits dans lesquels les émigrés rayés, éliminés ou amnistiés, ont été restitués, appartient aux tribunaux, sous la seule condition de ne porter aucune atteinte aux actes administratifs ; et que la confusion énoncée en l'art. 17 du senatus-consulte du 6 floréal an 10, n'a lieu qu'en faveur de la république, et ne peut être opposée par les débiteurs émigrés à leurs créanciers émigrés, du moment où la mainmise nationale a cessé ; — Le conseil d'état entendu, décrète : — « *Art.* 1. La réclamation des héritiers Laneuedor-Becthomas est rejetée. — 2. Les parties sont renvoyées à continuer leurs procedures devant les tribunaux judiciaires. — 3. Le grand-juge ministre de la justice et le ministre des finances sont chargés de l'exécution du présent déeret ».

§. XII. *Les émigrés amnistiés peuvent-ils, en vertu de leurs brevets d'amnistie, réclamer des successions qui se sont ouvertes pendant leur mort civile ?*

V. Succession.

§. XIII. — 1°. *Les créanciers des émigrés, en devenant, par la loi du 1er floréal an 3, créanciers directs de l'état, ont-ils conservé leurs actions solidaires contre les coobligés primitifs à leurs créances ?*

2°. Le créancier qui, ayant hypothèque sur différens biens passés en mains tierces, est devenu par l'Émigration de l'un des tiers-acquéreurs, créancier direct de l'état, peut-il encore exercer son action hypothécaire contre les autres ?

Ces deux questions ont été jugées pour l'affirmative, la première par un arrêt de la cour de cassation du 14 nivose an 10, la seconde par un arrêt de la même cour du 12 nivose an 9, rapportés tous deux dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, pages 181 et 202.

En voici un troisième du 5 nivose an 13, qui consacre de nouveau ces principes : j'en copie la notice et le dispositif dans le Bulletin civil de la cour de cassation.

« La dame Layoublaye était propriétaire d'une rente annuelle de trois cents livres formant un capital de six mille livres. — Cette rente avait été créée le 6 février 1764 par Henri Dumas, grand-père des dames Dumas-Laroque, en faveur de la dame de Voyin, dont la demanderesse porte droit. — Lors de la constitution de cette rente le grand-père des dames Dumas-Laroque affecta et hypothéqua tous ses biens présens et à venir au paiement de cette rente. — Henri Dumas décéda quelque temps après. — Pierre-Henri Dumas-Laroque son fils lui succéda. — Il eut trois enfans ; savoir, les dames Dumas-Laroque, demanderesses, et Patrice Dumas-Laroque. — Patrice se maria le 10 octobre 1791. Son père lui fit donation de la somme de 250,000 francs. — Quelque temps après ce mariage, le donataire fut inscrit sur la liste des émigrés. —

Digitized by Google

L'administration centrale du département de la Gironde a vendu des biens dépendans de la succession de Pierre-Henri Dumas-Laroque, donateur, à concurrence de ladite somme. — Le surplus des biens dépendans de ladite succession, a été dévolu aux demanderesses en qualité de filles et héritières dudit Pierre-Henri Dumas-Laroque. — La dame Layoublaye a agi par action hypothécaire contre les dames Dumas-Laroque, en renouvellement du contrat du 6 février 1764, et en paiement des arrérages de la rente. — Les dames Dumas-Laroque ont soutenu qu'elles n'étaient tenues de passer titre nouvel, et de payer les arrérages que dans la proportion seulement des biens dont elles étaient en possession. — Elles ont prétendu que dès que la nation s'était reconnue débitrice des créanciers des émigrés, et avait anéanti la solidarité à raison desdites créances, la dame Layoublaye aurait dû agir contre la nation dans la proportion de la valeur des biens qui lui avaient été dévolus. — Elles ont soutenu enfin que l'action hypothécaire avait été anéantie par les art. 11 et 112 de la loi du 1er floréal an 3. — Cette prétention a été accueillie par un jugement du tribunal d'appel de Bordeaux du 2 germinal an 10. — Fausse application de l'art. 11, et violation de l'art. 112 de la loi du 1er floréal an 3. — L'arrêt de cassation est conçu en ces termes :

» Ouï le rapport de M. Vergès..... Vu les art. 11 et 112 de la loi du 1er floréal an 3 ; — Considérant qu'il est incontestable, d'après le droit commun et d'après la jurisprudence, que le créancier hypothécaire est fondé à diriger ses actions contre le possesseur des biens affectés au paiement de sa créance ; — Que le possesseur de ces biens est incontestablement tenu, par l'effet de l'action hypothécaire, de payer la totalité de la créance ou de délaisser les biens soumis à l'hypothèque ; — Considérant que par l'art. 11 de ladite loi, la nation, en se déclarant débitrice des creanciers des émigrés, n'a pas altéré l'action hypothécaire qui compète au creancier sur les biens possédés par le codébiteur non émigré ; — Qu'il résulte au contraire de l'art. 112 de ladite loi, que la république n'a éteint que dans son unique intérêt, l'action en solidarité à raison des creances sur les émigrés ; — Que la législation est d'autant plus positive sur ce point, que le conseil des anciens a rejeté, dans le temps, des résolutions qui tendaient à faire affranchir indistinctement de la solidarité les copropriétaires des biens d'émigrés, les codébiteurs et les cautions ; — Qu'on n'a pu par conséquent appliquer à des particuliers les dispositions d'une loi qui a eu l'intérêt exclusif de la nation pour objet ; — La cour casse..... ».

§. XIV. *La prescription a-t-elle couru contre les émigrés pendant leur inscription sur la liste?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 3 floréal an 13, rapporté à l'article *appel*, sect. 1, §. 5.

§. XV. 1°. *Les émigrés ont-ils été pendant leur Emigration, capables de contracter des obligations du pur droit des gens? Les aliénations qu'ils ont faites, les quittances qu'ils ont données dans cet intervalle, et qui n'ont pas été annullées sur la réclamation du fisc, sont-elles valables à leur égard et peuvent-elles leur être opposées?*

2°. *Les jugemens rendus en pays étrangers entre deux émigrés pendant leur mort civile, peuvent-ils être exécutés en France après que l'un et l'au re sont rentrés en France à la faveur de brevets d'amnistie?*

3°. *Ont-ils pu, pendant le même temps, contracter valablement des mariages? Les mariages qu'ils ont alors contractés de fait, ont-ils été validés par leur amnistie?*

Ces trois questions sont traitées dans le plaidoyer du 8 juillet 1807, que l'on trouvera à l'art. *Mariage*. La seconde l'est spécialement dans un autre plaidoyer du 7 janvier 1806, rapporté à l'art. *Jugement*, §. 8.

§. XVI. *Dispositions particulières aux départemens transalpins.*

Ces dispositions sont consignées dans un décret impérial du 18 septembre 1807, qui est ainsi conçu :

« *Art.* 1. Tous ceux qui avaient domicile dans les départemens situés au-delà des Alpes, au moment où l'administration française a commencé, et qui, depuis cette époque, ont cessé d'y résider, seront tenus, dans le délai de trois mois, à compter de la publication du présent décret, de retourner à leur domicile, s'ils ne sont absens par cause légitime.

» 2. Ceux qui prétendront avoir des causes légitimes d'absence, seront tenus de se présenter à nos ambassadeurs, ministres ou consuls, pour obtenir un sursis à l'exécution de l'article précédent. — Nos ambassadeurs, ministres ou consuls adresseront les demandes de sursis, avec les pièces justificatives, à notre ministre de la police générale.

» 3. Ceux qui, dans le délai ci-dessus, ne seront pas retournés à leur domicile, et qui n'auront pas obtenu de sursis, ne seront point admis à exercer les droits civils et politiques, ni à posséder aucuns biens dans l'empire. — En conséquence, les biens qui se trouveront en leur possession à l'époque de la publication du présent décret, et ceux qui pourront leur échoir, seront mis sous le séquestre, et provisoirement administrés par la régie des domaines.

» 4. Ceux qui rentreront dans leur domicile, se présenteront devant le sous-préfet de leur arrondissement, à l'effet de prendre acte de leur obéissance au présent décret. — Ils déclareront, devant ledit sous-préfet, s'ils reçoivent aucune pension ou grace quelconque d'un souverain étranger; et prendront l'engagement de ne pas les conserver, et de n'en plus accepter sans notre permission spéciale.

» 5. Amnistie est accordée à tous individus des

Digitized by Google

départemens au-delà des Alpes, qui se seraient mis sans notre permission, au service d'une puissance étrangère, pourvu que, dans le délai ci-dessus, ils se soient présentés devant nos ambassadeurs, ministres ou consuls, à l'effet de déclarer qu'ils renoncent au service étranger, et d'en obtenir un passeport pour rentrer dans leur patrie, et qu'ils aient réitéré la même déclaration devant le sous-préfet de l'arrondissement par lequel ils rentreront en France; le tout dans le même délai de trois mois ».

V. Divorce, sect. 4, §. 10; *Etranger, Français, Héritier, Jugement, Mandat, Mort civile, Présucession*, etc.]]

• EMPÊCHEMENS DE MARIAGE. Un Empêchement de mariage est un obstacle qui s'oppose, ou pour toujours, ou pour un temps, à ce que deux personnes se marient ensemble.

Parmi les différens Empêchemens de mariage, il y en a qui sont de droit naturel, d'autres de droit positif.—On regarde, par exemple, comme un Empêchement de droit naturel, celui qui s'oppose au mariage d'un homme imbécille ou impropre à la génération. — Un Empêchement de droit positif est celui qui a sa source dans la volonté du législateur. Tel est celui qui s'oppose à ce qu'un homme, déjà engagé dans le mariage, en contracte un second, pendant que le premier subsiste.

Les Empêchemens de droit naturel sont des obstacles invincibles et qui annullent les mariages que l'on contracte lorsque ces Empêchemens se rencontrent. C'est pour cela aussi qu'on les appelle *dirimans*, parcequ'ils rompent le nœud qu'on avait voulu former.

Les Empêchemens de droit positif ne sont pas tous de la même force : il y en a qui, quoique *dirimans*, ne sont cependant pas pour cela invincibles, parcequ'on peut en obtenir dispense; il y en a d'autres qui, plus légers, s'opposent à la vérité à ce qu'on se marie sans en avoir été dispensé, mais qui ne rompent point le mariage lorsqu'il a été célébré sans dispense. C'est pour cela aussi qu'on les appelle simplement Empêchemens *prohibitifs*, parcequ'ils défendent le mariage sans l'annuller.

Dans les premiers temps de l'église, on ne connaissait d'autres Empêchemens que ceux qui étaient de droit naturel ou qui résultaient des lois de Moïse. Mais peu à peu l'église et les empereurs portèrent des lois sur les mariages, et les chrétiens se trouvèrent sujets aux unes et aux autres.

Nous n'entrerons point dans des digressions qui nous mèneraient loin, si nous voulions examiner quelle est l'autorité de la puissance ecclésiastique et de la puissance séculière sur les mariages. On peut voir là-dessus le traité pacifique de Gerbais; ce qu'ont écrit Soto, Marca et de l'Aunoi; ce qu'a dit M. l'avocat général Talon lors de l'arrêt du 16 juillet 1677, rendu sur la fameuse thèse de Jacques l'Huillier, docteur de Sorbonne; [[et sur-tout l'ouvrage de Dunod qui a pour titre : *Examen de deux questions importantes sur le mariage*. Nous dirons seulement qu'aujourd'hui, la loi civile ne considérant plus le mariage que comme un contrat, il n'y a plus que la puissance séculière qui puisse établir ou lever les Empêchemens dont il s'agit]].

§. I. *Des Empêchemens prohibitifs.*

Ces Empêchemens, qu'on appelle aussi Empêchemens *empêchans*, diffèrent, comme nous l'avons dit, des Empêchemens *dirimans*, en ce que ceux-ci sont un obstacle pendant qu'ils subsistent, à la validité du mariage; au lieu que les autres gênent seulement la liberté des parties qui veulent se marier, mais sans nuire à la validité de leur union, lorsqu'elles les ont surmontés, même sans dispense.

Ces Empêchemens se distinguent en *Empêchemens canoniques* et en *Empêchemens civils*.

Les Empêchemens de la première espèce se trouvent compris dans les trois vers latins suivans :

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriatum;
Atque catechismus, sponsalia, jungite votum,
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

Voici l'explication de ces Empêchemens :

Ecclesiæ vetitum (défense de l'église). Cet Empêchement a lieu lorsque l'évêque ou le juge ecclésiastique défend de procéder à la célébration d'un mariage, jusqu'à ce que les parties aient rempli certaines obligations jugées nécessaires pour le rendre licite. Il est rare de voir de ces sortes de défenses; mais lorsqu'elles surviennent, les parties sont en conscience obligées d'y obtempérer.

Tempus feriatum (temps de férie). Il y a des temps dans l'année qui sont particulièrement consacrés à la prière, et pendant lesquels l'église veut qu'on s'abstienne de se marier. Ces temps sont aujourd'hui depuis le premier dimanche de l'avent jusqu'au jour de l'épiphanie, et depuis le mercredi des cendres jusqu'au dimanche de l'octave de pâques.

Catechismus (le catéchisme). Cela ne peut s'entendre aujourd'hui que de l'obligation où l'on est d'être instruit des préceptes de la religion, et de ceux notamment qui concernent les devoirs auxquels on s'engage dans l'état du mariage. Anciennement, on donnait un parrain au catéchumène qui se présentait au baptême, et il en résultait une espèce d'affinité spirituelle, qui s'opposait au mariage entre une fille présentée à l'instruction et celui qui lui avait servi de parrain de catéchisme : mais nous verrons ci-après qu'il n'est plus question de cet usage.

Sponsalia (les fiançailles). Lorsqu'on a pris des engagemens solennels à la face de l'église avec une partie, on ne peut licitement passer au mariage avec une autre partie, à moins que ce ne soit du consentement de celle envers laquelle on s'était d'abord engagé, ou qu'il n'y ait une sentence du juge d'église, qui, ayant pris connaissance des raisons pour lesquelles on a rétracté les engagemens, les déclare nuls et comme non avenus. V. *Fiançailles*.

Digitized by Google

Votum (le vœu). Lorsqu'on a fait le vœu simple de chasteté ou d'entrée en religion, on ne peut point licitement se marier sans en avoir été relevé par l'évêque ou par le pape. Observez qu'il ne s'agit ici que d'un vœu simple : car s'il était question de vœux solennels, le mariage célébré après l'émission de ces vœux, serait non valablement contracté, comme on le verra dans un instant.

[[Ces cinq espèces d'Empêchemens sont abolis quant au mariage considéré comme contrat civil]].

Les Empêchemens civils sont ceux qui ont lieu pour d'autres causes que les causes canoniques dont nous venons de parler, et dont l'espèce ni le nombre ne peuvent être déterminés. Ces Empêchemens ne se supposent point, il faut qu'ils soient signifiés par un acte qu'on appelle *opposition*. Une opposition n'empêche pas, à la vérité, que le mariage ne soit valablement célébré lorsqu'il n'y a pas d'ailleurs de ces Empêchemens dirimans dont nous allons parler; mais les prêtres [[aujourd'hui les officiers de l'état civil]], qui passent outre malgré ces oppositions et avant qu'il y en ait main-levée, sont dans le cas d'être repris. *V. Opposition.*

§. II. *Des Empêchemens dirimans.*

Ces Empêchemens sont tels, comme nous l'avons dit, qu'ils rompent un mariage dans lequel ils se rencontrent; ou, pour parler plus exactement, qu'ils empêchent qu'il ne soit valablement contracté.

Parmi ces Empêchemens, il y en a, comme nous l'avons observé des précédens, qui sont émanés des lois de l'église, et qu'on nomme *canoniques;* d'autres qui sont émanés des lois de l'état, et qu'on nomme *civils.*

Les Empêchemens de la première espèce sont renfermés dans les six vers suivans :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultûs disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Rapta loco nubat si non sit reddita tuto,
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

En expliquant ces Empêchemens, voici sur quoi ils portent : 1°. sur l'erreur concernant la personne, *error :* 2°. sur l'état de cette personne lorsqu'il s'agit de savoir si elle est libre ou non, *conditio :* 3°. sur sa parenté, pour savoir dans quelle ligne et à quel degré, *cognatio :* 4°. sur le crime qu'on s'est permis pour parvenir au mariage, *crimen :* 5°. sur la diversité de culte de religion qui peut se trouver entre les deux parties, *cultûs disparitas :* 6°. sur la violence exercée pour porter au mariage, *vis :* 7°. sur l'engagement dans un ordre sacré, *ordo :* 8°. sur l'engagement dans un premier mariage subsistant, *ligamen :* 9°. sur ce qui se trouve contraire à l'honnêteté publique, *honestas :* 10°. sur l'affinité qui peut se trouver entre les deux parties, *si sis affinis :* 11°. sur l'impuissance à consommer le mariage, *si forte coire nequibis :* 12°. sur le défaut de présence du curé et de deux témoins, *si parochi et duplicis desit præsentia testis :* 13°. sur le rapt de la personne qu'on voulait épouser, *rapta loco nubat si non sit reddita tuto.*

Tous ces Empêchemens sont autant d'obstacles canoniques à la validité du mariage, *hæc facienda vetant connubia, facta retractant.*

Les lois du royaume, en adoptant ces Empêchemens, en ont ajouté d'autres qu'on nomme *civils ;* et qui sont aussi dirimans que ceux que l'église a établis. Mais pour donner une idée plus étendue des uns et des autres, il faut les diviser en trois classes : — les Empêchemens absolus, les Empêchemens relatifs, et les Empêchemens de formalités.

§. III. *Des Empêchemens dirimans absolus.*

Ces empêchemens, nommés *absolus*, parcequ'ils sont tels qu'ils empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, sont au nombre de six : 1°. le défaut de raison; 2°. le défaut de puberté; 3°. l'impuissance; 4°. un premier mariage subsistant; 5°. la profession religieuse; 6°. l'engagement dans les ordres sacrés.

1°. *Le défaut de raison.* Le mariage étant un contrat, il est évident qu'il faut que celui qui s'y engage, soit doué d'assez de raison pour connaître les obligations qu'il contracte; de sorte que s'il est dans un état de démence, il ne peut s'engager à rien, à moins qu'il n'ait de ces intervalles qu'on nomme *lucides*, et qu'il en profite; encore est-il à observer que si la démence avait précédé le mariage, et qu'après elle se manifestât de nouveau, ce serait à ceux qui auraient intérêt à soutenir la validité du mariage, à prouver qu'il a été contracté et célébré dans un intervalle où la personne retombée en démence, jouissait de son bon sens.

Il ne faut pas confondre avec les imbécilles, ceux qui sont dominés par quelque idée particulière, et qu'on nomme *maniaques*, à raison de telle ou telle manie qui les possède. Tel était, par exemple, au recit d'Horace, cet homme d'Argos qui croyait toujours entendre d'excellens acteurs, et qui battait des mains comme s'il avait été au spectacle : c'était d'ailleurs, dit-il, un parfait honnête homme, remplissant bien ses devoirs de citoyen.

Fuit haud ignobilis Argis
Qui te credebat miros audire tragœdos,
In vacuo lætus sessor plausorque theatro :
Cætera qui vitæ servabat munia recto
More.

Les muets et les sourds ne sont pas non plus exclus du mariage : il suffit que ces personnes comprennent ce qu'on leur fait entendre par l'écriture ou par des gestes, et que, de leur côté, elles puissent, de la même manière, manifester leur intention, leur volonté.

[[Le Code Napoléon ne contient, sur tout cela, que peu de mots, qui renferment la substance de tout ce qu'on peut en dire : *Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.* art. 146.

Digitized by Google

V. ci-après §. 4, n. 6; §. 5, n. 1; et *Sourd et Muet.*]]

2°. *Le défaut de puberté.* Pour être habile au mariage, il faut être habile à le consommer : cette habileté vient de la nature : c'est par-là, en quelque sorte, qu'elle achève son ouvrage. On a remarqué que cette perfection se trouvait à quatorze ans accomplis chez les garçons, et à douze chez les filles. Cependant, comme il arrive quelquefois que cette perfection arrive avant l'âge dont nous parlons, puisqu'on a vu des filles devenir enceintes avant qu'elles eussent atteint leur douzième année, on ne pourrait plus excuser du défaut de l'âge de puberté, si elle se manifestait par le fait qui l'emporte toujours sur la simple présomption. C'est ce qu'a jugé un arrêt rapporté par Bouguier.

[[Suivant l'art. 144 du Code Napoléon, « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ». Mais V. *Dispense.*]]

Observez en même temps que si depuis l'âge de puberté survenue, dans les cas où elle ne s'est pas manifestée plutôt, les conjoints ont continué de demeurer ensemble comme mari et femme, cette cohabitation suffit pour rétablir tacitement leur mariage. C'est une doctrine avouée de tous les canonistes, et notamment de Fevret, *Traité de l'Abus, liv.* 5, *chap.* 1, *n.* 7.

[[L'art. 185 du Code Napoléon porte que « le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1°. lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent; 2°. lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance des six mois ».]]

3°. *L'impuissance.* On entend ici par impuissance un vice dans les organes de la génération, lequel rend la personne qui en est affectée, incapable de consommer le mariage. [[V. *Impuissance.*]]

4°. *Un premier mariage subsistant.* C'est une maxime reçue parmi nous, qu'un mari ne doit avoir qu'une femme, et une femme qu'un seul mari; pendant que subsiste un premier lien, on ne peut absolument en former un nouveau. [[V. l'art. 147 du Code Napoléon, et *Bigamie.*]]

5°. *La profession religieuse* et *l'engagement dans les ordres sacrés.* [[V. *Celibat.*]]

§. IV. *Des Empêchemens dirimans relatifs.*

Ces Empêchemens portent sur l'incapacité où sont deux personnes, non pas précisément de se marier, mais de se marier ensemble; et cette incapacité a neuf motifs : 1°. la parenté naturelle; 2°. la parenté civile; 3°. l'affinité naturelle; 4°. l'affinité spirituelle; 5°. l'honnêteté publique; 6°. le rapt et la seduction; 7°. l'adultère de l'un des conjoints; 8°. le meurtre de l'un d'eux; 9°. la diversité de religion.

1°. *La parenté naturelle.* Cette parenté dérive de la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent, on l'une de l'autre, ou d'une souche commune.

Lorsque les personnes descendent l'une de l'autre, elles sont parentes en ligne *directe*; lorsqu'elles descendent d'une souche commune, elles le sont en ligne collatérale. *V. Ligne* et *Parenté.*

En ligne directe, un parent ne peut point se marier avec sa parente, à quelque degré qu'ils soient l'un de l'autre. [[« En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendans ou descendans légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne ». (*Code Napoleon, art.* 161.) Telle était aussi la disposition de la loi du 20 septembre 1792, tit. 4, sect. 1, art. 11.]]

A l'égard de la parenté en ligne collatérale, la discipline de l'église a varié. Dans les premiers temps, on se conformait aux lois romaines.

Suivant ces lois, le mariage du frère et de la sœur, du neveu avec la tante et même la grand'tante, de l'oncle avec sa nièce et même sa petite nièce, étaient défendus comme incestueux.

L'empereur Claude, pour satisfaire la passion qu'il avait pour Agrippine, fille de son frère Germanicus, qu'il voulait épouser, fit porter une loi par le sénat, qui permit aux oncles d'épouser les filles de leur frère; mais cette loi trouvée contraire aux bonnes mœurs, n'engagea personne à suivre l'exemple de l'empereur.

Pour ce qui est du mariage d'un cousin germain avec sa cousine germaine, ce mariage n'était point défendu, mais Théodose le Grand le défendit; Arcade et Honorius, ses successeurs, confirmèrent sa loi pour la nullité d'un pareil mariage, mais ils supprimèrent la peine du feu qu'il y avait attachée.

Arcade ensuite changea de sentiment, et permit les mariages entre cousins germains. Justinien en fut aussi l'approbateur, comme on peut le voir par la loi 19, *C. de nuptiis.*

Dans la partie occidentale de l'empire, échue à Honorius, ce prince renouvela la défense de Théodose, à moins qu'on ne s'adressât à lui pour obtenir la permission de contracter de ces sortes de mariages.

Cette défense s'étendit par la suite bien plus loin : on la porta des cousins germains aux cousins issus de germains, de ceux-ci aux cousins du quatrième degré, et par succession de temps, du quatrième degré au cinquième et au sixième inclusivement.

Les ecclésiastiques s'étant accoutumés dans les conciles à faire des lois sur cet article, allèrent si avant que les mariages furent défendus entre parens indistinctement. Le concile d'Agde, tenu l'an 506, les regarda comme incestueux à quelque degré qu'ils fussent.

Mais d'autres conciles tenus dans le même siècle, chez les Bourguignons et chez les Francs, bornèrent la défense au troisième degré inclusivement.

Digitized by Google

Cette défense s'étendit, sur la fin du septième siècle, au quatrième degré; et dans le huitième siècle, elle redevint illimitée dans tous les degrés.

Il fallut, comme on peut bien le croire, en revenir à une limitation de parenté; car il arrivait très souvent qu'il fallait rompre des mariages qui se trouvaient nuls à raison d'une parenté dont on ne se doutait pas, et sur laquelle on n'avait point par conséquent songé à obtenir des dispenses, ce qui occasionnait des troubles dans les familles et des inconvéniens à l'infini. Mais pour abréger sur l'histoire de toutes ces variations qui nous mènerait trop loin, nous observerons que la prohibition était au sixième degré, lorsque fut tenu, en 1215, le concile général de Latran, où l'on borna la défense du mariage entre parens, au quatrième degré canonique inclusivement: *Prohibitio copulæ conjugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de cætero non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest absque gravi dispendio generaliter observari.* Ce sont les termes du décret de ce concile.

Après la tenue de ce concile, on agita la question de savoir si le mariage était permis entre parens, dont l'un serait au quatrième et l'autre au cinquième degré? L'affirmative fut décidée par le pape Grégoire IX; de sorte qu'il suffit que l'un des futurs conjoints soit hors du quatrième degré, pour que le mariage puisse valablement s'accomplir.

Une autre question qui s'est élevée depuis, a été de savoir si un oncle pouvait épouser sa nièce lorsqu'elle se trouvait au cinquième degré? Covarruvias, qui décide l'affirmative, a été suivi par l'auteur des *Conférences de Paris;* cependant Pothier fait des difficultés de se rendre à cette décision, sous prétexte qu'un oncle tient lieu de père à la postérité de son frère, *quia avunculi parentum loco habentur.*— Il est vrai qu'il y a une similitude de paternité et de descendance, mais cette similitude n'est absolument qu'en idée; au fond, une très arrière-petite-nièce n'est jamais à un oncle ce qu'une très arrière-petite-fille est à un père, quelque reculé qu'il soit. D'ailleurs, la décision du concile de Latran et celle de Grégoire IX, ayant fixé la parenté pour le mariage en ligne collatérale, sans faire d'exception, ce serait mal à propos se donner des entraves pour une difficulté qui ne roule que sur une idée de similitude, tandis que si cette similitude pouvait entrer en considération, il faudrait l'admettre dans les cousins comme dans les oncles, parce qu'en idée les cousins d'un degré sont regardés comme oncles aux parens d'un degré inférieur; aussi dit-on qu'à la mode de Bretagne, les cousins germains sont oncles des cousins issus de germain.

Le vulgaire est dans l'idée que les mariages entre parens au degré prohibé, sont des mariages désagréables aux yeux de la divinité, et qu'ils doivent rarement prospérer; mais les gens instruits savent qu'une prohibition à cet égard ne peut être raisonnablement fondée que sur deux motifs, l'un politique et l'autre moral: le premier, pour empêcher que les familles, en se resserrant de trop près, ne forment des cabales, des troubles et des divisions dans un état; le second, pour entretenir la chasteté dans les mœurs, afin que le frère et la sœur, le cousin et la cousine, vivant ou ayant occasion de vivre fréquemment ensemble, soient détournés de tous ces désordres qu'entraîne la familiarité des deux sexes, par la considération que leur parenté est un obstacle à ce qu'ils puissent former une union légitime.

Observez que l'Empêchement dont nous parlons, dérive autant d'une parenté illégitime, que d'une parenté honnête et reconnue; ainsi un bâtard ne peut pas plus épouser sa cousine suivant le sang, qu'il ne le pourrait s'il était enfant légitime; c'est la proximité seule du sang que l'on considère en pareil cas.

[[La loi du 20 septembre 1792, tit. 4, sect. 1, art. 14, avait limité au *frère* et à la *sœur*, la prohibition du mariage entre parens en ligne collatérale. Mais le Code Napoléon, art. 162, prohibe le mariage, non seulement *entre le frère et la sœur légitimes ou naturels*, mais encore *entre les alliés au même degré;* et, par l'art. 163, il étend la prohibition jusqu'à *l'oncle et la nièce, la tante et le neveu*. Mais là se bornent les Empêchemens qu'il établit; et, comme l'on voit, ils ne comprennent pas même les alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Au surplus, *V. Dispense.*]]

2°. *La parenté civile.* Cette parenté connue chez les Romains, était celle qui se formait par l'adoption entre la personne adoptée et son père adoptif; entre cette même personne et tous les parens du nom et de la famille de ce père adoptif.

Une telle parenté formait le même Empêchement que la parenté naturelle; mais il fallait que l'adoption fût véritable et faite d'une manière solemnelle.

Comme l'adoption n'est plus, depuis long-temps en usage parmi nous, cette espèce de parenté ne forme plus d'Empêchement.

[[La faculté d'adopter a été rétablie dans toute la France dès l'année 1793 (*V. Adoption*); et voici en conséquence ce que porte l'art. 348 du Code Napoléon: « Le mariage est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendans; entre les enfans adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfans qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ».]]

3°. *L'affinité naturelle.* On entend par affinité ce qu'on entend plus communément par *alliance.* L'affinité proprement dite, est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints et les parens de l'autre conjoint.

L'affinité, tout comme la parenté, en ligne directe, est un Empêchement à quelque degré qu'elle se trouve. [[*V.* l'art. 161 du Code Napoléon rapporté ci-dessus.]]

Mais en ligne collatérale cela est différent: les canonistes, avant le troisième concile de Latran, distinguaient trois genres d'affinité en collatérale.

Le premier était de celle qui se trouvait entre

Digitized by Google

l'un des conjoints et les parens de l'autre conjoint, et c'était la seule qui fût un Empêchement par les lois romaines dans les premiers temps de l'église. — Le second était de celle qu'on avait imaginée entre l'un des conjoints et les alliés de l'autre conjoint. — Le troisième enfin, de celle qu'on mettait entre l'un des conjoints et les alliés du second mariage de l'autre conjoint. — De sorte que la femme de mon frère, dans ces temps-là, aurait été non seulement mon alliée, mais c'est qu'après la mort de son mari, elle m'aurait donné en se remariant un nouvel allié dans la personne de son second mari, et ce second mari en se remariant, m'aurait donné une nouvelle alliance avec sa seconde femme.

Ces deux derniers genres d'affinité ont été supprimés par le concile de Latran; et l'on tient pour maxime aujourd'hui, que l'affinité seule n'engendre point d'autre affinité. Ainsi la sœur de ma belle-sœur n'est pas mon alliée, son frère n'est pas non plus l'allié de ma sœur: mais l'affinité du premier genre s'étend, ainsi que la parente, jusqu'au quatrième degré, de sorte qu'après la mort de ma femme, je ne pourrais point épouser sa parente au quatrième degré, attendu qu'elle se trouve mon alliée au même degré. *V. Affinité.*

[[On a vu ci-devant, n. 1, que le mariage n'est plus prohibé par le Code Napoléon pour cause d'affinité, qu'entre les alliés au-dessus de frère et de sœur.]]

Nous venons de parler d'une affinité resultante d'un mariage valablement celebré; il reste à remarquer qu'un commerce charnel, quoiqu'illicite, produit aussi une affinité naturelle; et cette affinité était autrefois un Empêchement qui s'etendait aussi loin que l'affinité conjugale; mais le concile de Trente l'a restreinte au second degré inclusivement.

Remarquez que cette affinité qui nait d'un commerce illicite, n'est un Empêchement qu'autant qu'elle est notoire et qu'elle a éclaté dans le public. C'est la décision du pape Alexandre III, au chap. 4 du titre *de eo qui consang.*, dans les décrétales. Ce pape observe en même temps qu'il ne suffit pas d'une rumeur de voisinage pour établir ce commerce charnel, mais qu'avec cette rumeur, il faut encore des preuves raisonnables et dignes de foi. D'où il suit que sur une demande en cassation de mariage, ayant pour motif une affinité purement charnelle, il faut deux choses pour être écoute: la premiere, qu'il soit constant que le commerce illicite était notoire avant la celebration du mariage; la seconde, qu'il soit prouve qu'effectivement il y a eu un commerce illicite, et ajoutez que cette preuve ne peut être ordonnée qu'autant qu'il est d'abord reconnu qu'il y avait sur ce fait un bruit public au temps du mariage; car il serait inutile d'ordonner une preuve sur la realité du fait, si d'ailleurs ce fait n'était point divulgue, puisque l'affinite secrète, comme nous l'avons dit, n'est point un Empêchement.

Observez aussi que lorsqu'il s'agit d'en venir à une preuve sur le fait du commerce illicite, il serait très indécent de permettre d'obteuir des monitoires pour en acquérir la connaissance. Celui qui allègue le fait, doit être en état de le prouver, sans quoi son allégation doit être regardée comme denuée de fondement.

[[La loi civile ne connaît plus d'autre affinité que celle qui a sa source dans le mariage et dans l'adoption.]]

4°. *L'affinité spirituelle.* Cette espèce d'affinité est celle qui se forme par le sacrement de baptême, entre la personne baptisée, le parrain ou la marraine, et la personne qui a conféré le sacrement. Le baptême produit encore une affinité contractée par la personne qui a conféré le baptême, par le parrain et par la marraine, avec le père et la mère de la personne baptisée.

Cette alliance spirituelle qui est un Empêchement au mariage, s'étendait anciennement plus loin. La personne baptisée devenait alliée, non seulement à son parrain et à sa marraine, mais encore à leurs enfans. Le parrain et la marraine contractaient aussi par-là une espèce d'alliance entre eux; mais le concile de Trente (sess. 24, *de reform. matr.* ch. 2.), en restreignant cette même alliance à celle que contractent, comme nous l'avons dit, la personne qui baptise, et le parrain et la marraine, avec la personne baptisée et le père et la mère de cette même personne baptisée, a abrogé les Empêchemens de mariage qu'on faisait resulter anparavant des autres espèces de cette alliance spirituelle.

Le sacrement de confirmation produirait la même affinité et le même Empêchement que le sacrement de baptême, si l'on était encore dans l'usage, comme anciennement, de donner aux personnes presentées à la confirmation, un parrain et une marraine; mais cet usage ne subsiste presque plus nulle part dans le royaume.

Observez, au sujet du baptême, que, dans l'ancienne eglise, celui qui presentait un catechumène à l'instruction antérieure au sacrement, et qu'on nommait *parrain de catéchisme*, contractait une alliance spirituelle d'où resultait un Empêchement, quoique ce ne fût pas lui qui eut depuis presenté ce catechumène au baptême. Mais ce parrain n'est plus necessaire; d'ailleurs, quand cette ceremonie se renouvellerait dans une occasion, comme pour le baptême d'une fille juive ou d'une autre infidèle qui se proposerait d'embrasser la foi, il n'en résulterait aucune alliance entr'elle et le présentant, à moins qu'il ne devint son vrai parrain lors du baptême.

Observez encore qu'on ne devient veritablement parrain ou marraine, qu'en tenant l'enfant comme parrain ou marraine lors du baptême; car, si l'on ne servait de parrain ou de marraine que lorsqu'on supplée les ceremonies du baptême, il n'en resulterait aucune alliance spirituelle: le concile de Trente n'en reconnait d'autre que celle qui est formee par le sacrement même.

[[Tout cela est aujourd'hui sans objet pour le mariage considéré comme contrat civil.]]

5°. *L'honnêteté publique.* On entend par *honnêteté publique*, ce qui a rapport à la chastete, à la

Digitized by Google

décence et à la sagesse des mœurs. Ce qui se trouve dans un mariage de contraire à cette honnêteté, devient un Empêchement. Mais pour qu'on n'abusât point d'une acclamation de l'honnêteté publique pour empêcher ou pour troubler des mariages déjà faits, on a restreint cette honnêteté à deux points principaux, dont l'un concerne les fiançailles ou les promesses de se marier, et l'autre le mariage célébré, mais non consommé.

Quoique les fiançailles seules ne produisent point d'affinité entre l'une des parties fiancées et les parens de l'autre partie, néanmoins comme elles sont un acheminement au mariage, elles produisent toujours une espèce de rapport qui fait que l'honnêteté publique ne permet pas que l'une des parties fiancées puisse valablement contracter mariage, même après la dissolution des fiançailles, avec les parens de la ligne directe de l'autre partie: de sorte que si le mariage ne s'accomplit point avec la veuve à laquelle je suis fiancé, je ne puis épouser ni sa fille, ni sa petite-fille, ni aucune autre fille descendant d'elle en ligne directe.

Denizart, en parlant de l'*honnêteté publique* à l'article *mariage*, a confondu l'Empêchement qui résulte des fiançailles, et dont nous avons parlé dans le §. 1, en traitant des différens Empêchemens *prohibitifs*, avec un autre Empêchement dont il s'agit ici, et qui est un empêchement *dirimant*. Si je suis fiancé à une veuve, et que nonobstant ces fiançailles, j'épouse une autre femme qui ne soit point la parente proche de cette veuve, les fiançailles n'auront été qu'un Empêchement *prohibitif*, et le mariage sera valable; mais si l'autre femme que j'ai épousée était la fille ou la sœur de la veuve à laquelle j'étais fiancé, voici alors l'Empêchement d'honnêteté publique dont il s'agit, et l'empêchement sera *dirimant*: distinction essentielle et à laquelle n'a pas pris garde l'auteur cité.

Cette prohibition s'étendait autrefois en ligne collatérale aussi loin que les Empêchemens pour cause d'affinité; mais le concile de Trente a corrigé cette discipline, en ordonnant que cet Empêchement n'excéderait pas le premier degré de la ligne collaterale, et qu'il n'aurait lieu que par des fiançailles valablement contractées. (*Sess.* 24, *ch.* 3.)

Mais si ces fiançailles ont été valablement contractées, l'Empêchement ne laisse pas de subsister, quoiqu'elles demeurent dans la suite sans effet, soit d'un commun accord ou par la mort de l'une des parties; la raison en est qu'il suffit qu'une femme, par les fiançailles qu'elle a contractées, soit avec mon père, soit avec mon fils, soit avec mon frère, ait eu pendant quelque temps à mon égard un commencement de qualité de belle-mère, de bru ou de belle-sœur, pour que la pudeur et l'honnêteté publique ne permettent pas qu'elle devienne ma femme.

[[Le Code Napoléon n'admet pas cet Empêchement.]]

Il nous reste à observer sur l'honnêteté publique, que plusieurs canonistes la croient blessée dans le mariage d'un homme avec la belle-mère de sa défunte femme. C'était anciennement, à la vérité, un second genre d'affinité; mais ce genre, comme nous l'avons vu, ne subsiste plus depuis le concile de Latran, où il a été abrogé; cependant le cas s'étant présenté au parlement de Normandie, il fut fait défenses aux parties qui se proposaient un pareil mariage, de passer outre à la célébration, à peine de la vie. On ne trouvait pas à la vérité d'Empêchement formel du côté de l'affinité; mais on en trouvait un du côté de l'honnêteté publique; et cet Empêchement paraissait si frappant, qu'on ne le crut même pas susceptible de dispense; car on avait obtenu à ce sujet un rescrit de Rome: ce fut sur l'appel comme d'abus de l'entérinement de ce rescrit fait par l'évêque d'Avranches, que l'affaire fut portée au parlement de Normandie; elle y fut jugée par un arrêt du 17 décembre 1617, qu'on trouve dans Févret. Cet auteur en rapporte un autre du même parlement, par lequel, suivant le même principe, le rescrit qu'un homme avait obtenu pour épouser la veuve de son gendre, fut déclaré abusif, avec défenses de passer à la célébration du mariage, à peine de la vie. On trouve ces deux arrêts cités par Moruac sur la loi 42, *D. de ritu nupt.* La loi 15 du même titre défend à un homme d'épouser la veuve de son beau-fils, et à une femme d'épouser l'homme veuf de sa belle-fille.

Nous ignorons quelle serait la jurisprudence des autres parlemens, si pareil cas se présentait: nous savons seulement qu'en 1767, un bourgeois de la ville de Gueret, dans la Marche, ressort du parlement de Paris, épousa la belle-mère de sa défunte femme; que les enfans de cette belle-mère, veuve d'un notaire, se proposèrent bien de réclamer contre ce mariage; mais que s'étant désistés de leur projet, le mariage s'effectua sans difficulté.

[[Aujourd'hui de pareils mariages ne pourraient éprouver aucune espèce de contestation. *V. Affinité.*]]

6°. *Le rapt et la séduction.* Anciennement il suffisait qu'on eût ravi une femme pour qu'on perdit tout espoir de se marier jamais valablement avec elle, soit qu'on l'eût rendue à elle-même, soit qu'on la tînt encore en sa puissance. Cela était ainsi réglé par Justinien (loi unique, *C. de raptu virg.*); par les capitulaires de Charlemagne (liv. 6, ch. 60; et liv. 7, chap. 395), et par le chap. 10 du concile de Pavie, tenu l'an 850.

Innocent III corrigea la rigueur de l'ancien droit, en permettant à la personne ravie de contracter mariage avec le ravisseur, si elle s'y déterminait librement; mais pour être assuré de cette liberté, le concile de Trente exige que la personne ravie soit mise auparavant hors de la puissance du ravisseur. C'est aussi ce qui a été adopté par l'art. 5 de la déclaration de 1639, lequel annulle « les mariages faits avec ceux qui ont ravi des veuves ou filles, de quelqu'âge ou condition qu'elles soient, sans que par le temps ni par le consentement des personnes ravies, de leur père, mère, tuteurs, ils puissent être con-

Digitized by Google

firmés, tandis que les personnes ravies sont en la puissance du ravisseur ».

[[Cette disposition s'appliquait au *rapt de séduction* comme au *rapt de violence*. Mais aujourd'hui elle est restreinte à la seconde espèce de rapt. Du reste, en pareil cas, la nullité du mariage ne peut être demandée que par l'époux dont le consentement n'a pas été libre ; et la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a recouvré sa pleine liberté. — *V.* le Code Napoléon, art. 180 et 181 ; et ci-après, §. 5, n. 1.]]

A l'égard de la simple séduction sans violence et sans enlèvement, cette séduction, dans les principes de notre droit français, est regardée encore comme un Empêchement dirimant pour le mariage des personnes de l'un et de l'autre sexe qui sont en minorité, lorsque ce mariage s'est fait sans le consentement de leur père, de leur mère, de leur tuteur ou curateur. Quand ceux-ci en interjettent appel comme d'abus, les parlemens accueillent cet appel dans les cas mêmes où le mariage aurait été célébré hors du royaume. C'est ce qui est arrivé, comme l'observe d'Héricourt, à l'occasion d'un mineur de Lyon qui s'était marié à Liége.

[[Aujourd'hui, ce n'est plus par appel comme d'abus, mais par demande en nullité devant le tribunal de première instance, que de pareils mariages doivent être attaqués ; mais il faut remarquer qu'ils ne peuvent l'être « que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des époux qui avait besoin de ce consentement » : c'est ce que porte expressément l'art. 182 du Code Napoléon.

L'art. 183 ajoute : « L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux ni par les parens dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ». *V.* ci-après, §. 5, n. 2.]]

La séduction n'est plus un Empêchement, lorsque la personne séduite se trouve majeure lors du mariage, à moins que l'union n'ait été précédée d'un commerce illicite dans le temps de la minorité ; de manière que le mariage contracté puisse être regardé comme une suite de la séduction.

[[Cette exception ne serait plus reçue aujourd'hui.

7°. *L'erreur*. *V.* ci-après, §. 5, n. 1.]]

8°. *L'adultère*. D'après une décision d'Innocent III, puisée dans les lois romaines, la discipline de l'église est aujourd'hui qu'un adultère commis durant le mariage, avec promesse d'épouser la personne avec qui on le commet, forme un Empêchement dirimant, soit que l'adultère soit secret ou qu'il soit public. Mais il faut que ces deux points, l'adultère et la promesse d'épouser, concourent. Il faut encore que l'adultère et la promesse aient eu lieu du vivant du premier mari ou de la première femme, sans faire attention si la promesse a été antérieure ou postérieure à l'adultère ; il faut aussi que cette promesse ait été acceptée comme déterminante, et que la partie qui l'a acceptée ait su que celui qui la faisait, était marié ou qu'elle le fût elle-même. Mais il n'importe que la promesse ait été absolue ou conditionnelle, feinte ou sincère ; l'adultère joint à cette promesse, produit un Empêchement marqué. On peut voir à ce sujet le second volume des *Conférences d'Angers, page 270*.

[[Le Code Napoléon est plus sévère ; il porte, art. 298, que « dans le cas de divorce admis pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice ». Ainsi, pour établir l'Empêchement, il n'est plus nécessaire que la promesse de mariage ait conceuru avec l'adultère. Mais, observons-le bien, cette disposition est limitée au cas où l'adultère a été suivi d'un acte de divorce. On ne serait donc pas admis à s'opposer au mariage d'une veuve avec un homme avec lequel on prétendrait prouver qu'elle avait vécu dans l'adultère pendant son mariage : une telle preuve serait non recevable.]]

9°. *Le meurtre*. Ce crime est un obstacle à l'union du coupable avec le conjoint qui survit à celui qu'on a tué, et cela dans deux cas : le premier, lorsque le meurtre s'est fait avec la participation du conjoint survivant dans la vue de contracter mariage ; le second, lorsque le meurtrier est en même temps l'adultère de l'autre conjoint, quoiqu'il n'y ait pas de promesse d'épouser ; mais il faut que le meurtre ait été consommé dans l'un comme dans l'autre cas.

L'objet de cette décision est d'empêcher qu'on ne succombe à la passion qu'on aurait d'épouser une personne mariée en commettant le crime pour y parvenir.

[[Le meurtre ne produit plus d'Empêchement dans le premier cas ; et il n'en produit même pas davantage dans le second, puisque par l'effet de la mort de l'époux qu'a offensé l'adultère, la prononciation du divorce est devenue impossible, et que, comme on l'a vu au n°. précédent, l'adultère n'établit au Empêchement au mariage entre l'époux coupable et son complice, que lorsqu'il a donné lieu à un divorce.]]

10°. *La diversité de religion*. Cette diversité qui se rencontre lorsqu'une des parties rend à la divinité un culte différent de celui que lui rend publiquement l'autre partie, n'a jamais été regardée comme un Empêchement dirimant dans l'église latine. Nous le voyons par le mariage du père de St. Augustin qui était un infidèle, avec Ste. Monique ; par celui de Clovis avec Ste. Clotilde ; par celui d'Agilhulphe, prince arien, avec Theodelinde ; et par plusieurs autres exemples. Il était seulement défendu aux ecclésiastiques qui avaient des enfans, de les marier à des païens ou à des hérétiques ; mais il n'y avait aucune gêne à cet égard pour les autres

Digitized by Google

fidèles; on se contentait de les exhorter à prendre garde que tel mariage qu'ils se proposaient avec une personne qui n'était pas de leur religion, ne fût pour eux une occasion de perdre la foi; la disparité du culte n'était tout au plus qu'un Empêchement prohibitif. On ne tâcha de le rendre dirimant que lors du concile tenu à Constantinople en 692, pour servir de supplément au cinquième et au sixième conciles tenus auparavant, et que pour cet effet on nomma *le quini-sexte;* mais malgré tous les efforts de l'empereur Justinien II pour faire recevoir ce concile, l'église latine ne voulut point l'adopter sur l'article dont il s'agit concernant les mariages.

Cependant depuis ce temps-là, les mariages avec les hérétiques ayant été regardés comme fort dangereux, Louis XIV, pour les proscrire dans ses états, publia, en novembre 1680, un edit conçu en ces termes: « Voulons et nous plaît qu'à l'avenir nos sujets de la religion catholique, apostolique et romaine, ne puissent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée: déclarons tels mariages non valablement contractés, et les enfans qui en viendront, illégitimes, etc. »

Ces sortes de mariages ont été encore défendus d'une manière plus marquée par l'edit de 1685, portant révocation de l'edit de Nantes; et comme depuis cette révocation, tous ceux qui se marient à la face des autels dans ce royaume, sont réputés catholiques, leur mariage est valable, quand même l'une des parties passerait pour être protestante, parceque la présomption qui naît de la célébration du mariage à la face de l'église, doit l'emporter sur de simples soupçons.

[[*V. Légitimité*, sect. 1, §. 3. An surplus, la loi civile n'attache plus aucun effet à la différence des cultes. Et voilà pourquoi le décret du grand sanhedrin du 9 février 1807 declare, art. 3, « que les mariages entre israélites et chrétiens, contractés conformement aux lois du Code civil, sont obligatoires et valables civilement; et que bien qu'ils ne soient pas susceptibles d'être revêtus de formes religieuses, ils n'entraineront aucun anathème ».]]

Observez que lorsque le mariage est ainsi célébré, un changement authentique de religion qui viendrait après, serait impuissant pour en rompre le nœud.

Il y a plus: c'est que si un infidèle régulièrement marié suivant les lois de son pays ou de sa religion, venait à embrasser le christianisme, son changement de religion ne le rendrait nullement habile à contracter un nouveau mariage avec une chrétienne, pendant que le premier subsisterait. *V. Mariage.*

§. V. *Des Empêchemens de formalités dirimans.*

Le mariage est un contrat qui, quoique de droit naturel, est néanmoins subordonné à certaines formalités civiles, sans l'accomplissement desquelles il ne peut valablement subsister. Ces formalités essentielles sont le consentement des parties contractantes, celui des personnes dont elles sont dépendantes, la publicité du mariage, et la compétence du ministre qui le célèbre. De l'inobservation de ces quatre points il peut résulter quatre Empêchemens dirimans. — Le premier, du défaut de consentement des parties contractantes; — Le second, du défaut de consentement de ceux auxquels les parties contractantes sont subordonnées; — Le troisième, du défaut de publicité du mariage; — Le quatrième, du défaut de compétence dans le ministre qui procède à la célébration du mariage.

1°. *Le consentement des parties contractantes.* Il est clair que ce consentement est de toute nécessité; et que rien n'y est plus opposé que l'erreur, la contrainte et la séduction.

D'abord, quant à l'erreur, nous n'en admettons d'autre que celle qui tombe sur la personne même, lorsque cette personne n'est pas réellement celle qu'on croyait épouser. C'est pourquoi, si au lieu d'épouser Jeanne, j'avais épousé Marie que je ne voulais pas, cette erreur étant alors *substantielle,* il n'y aurait point de mariage.

Observez même que si cette erreur ayant été secrète, j'avais néanmoins mieux aimé garder pour femme celle que je ne voulais point épouser, que de faire déclarer le mariage non valablement contracté, mon consentement survenu depuis serait suffisant pour le rehabiliter de plein droit, sans qu'il fut nécessaire d'une nouvelle célébration.

[[Le Code Napoléon porte, art. 180, que « lorsqu'il y a eu erreur *dans la personne,* le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux qui a été induit en erreur ». Et il ajoute, art. 181, que « la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'erreur a été par lui reconnue ».]]

Si l'erreur n'était qu'*accidentelle*, c'est-à-dire, si elle ne portait que sur l'état et la qualité de la personne, le mariage n'en serait pas moins valable. D'où il suit que si cette femme, que je croyais noble et de bonnes mœurs, se trouve de basse extraction et plongée dans la débauche, si elle se trouve flétrie par la justice, le mariage n'en sera pas moins valable, parcequ'enfin c'est la personne de cette femme que je voulais épouser et que j'ai épousée. Ajoutez que quand même il y aurait eu du dol pour me cacher l'état et la qualité de cette personne, et que ce dol fût venu d'elle, ce moyen serait impuissant pour faire résoudre le contrat.

La plus grande difficulté serait si cette femme était morte civilement; mais il n'y a ni loi ni canon qui déclare une erreur pareille capable de faire rétracter un mariage; au contraire, on trouve dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, des préjugés qui en ont prononcé la validité. L'auteur des *Conférences de Paris* cite une sentence de l'official de cette capitale, qui déboute une femme de sa demande en cassation d'un mariage par elle contracté avec un homme condamné aux galères à perpétuité. Cet homme s'était évadé; elle ignorait son état; néanmoins un arrêt du parlement de Paris,

Digitized by Google

de 1700, cassa le nouveau mariage qu'elle avait contracté du vivant de ce galérien.

Anciennement, lorsqu'au lieu d'épouser une femme, qu'on croyait libre, on épousait une esclave, cette erreur, reconnue après le mariage, donnait au mari la faculté de répudier l'esclave; et cette faculté subsiste encore dans les pays où l'esclavage est toléré: mais en France il est aboli. Il en reste, si l'on veut, quelques vestiges dans la Bourgogne, dans le Nivernais, dans le Bourbonnais et dans la Haute-Marche, où il y a des personnes de condition *serve*; mais cette espèce de servitude n'est point, à proprement parler, un esclavage; les personnes qui y sont dites *serves*, ne le sont qu'à raison de certains devoirs et de certains services dus à leurs seigneurs pour les héritages qu'elles tiennent d'eux; elles jouissent d'ailleurs de toute leur liberté et de tous les droits de citoyens.

[[Ces restes de la servitude personnelle ont été abolis par les lois du 4 août 1789.

Du reste, quoique le Code Napoléon ne fasse résulter de l'erreur un Empêchement dirimant, que lorsqu'elle tombe sur *la personne*, on ne pourrait plus aujourd'hui juger valable, quant aux effets civils, un mariage qui aurait été contracté entre deux personnes dont l'une eût été, à l'insçu de l'autre, morte civilement. La raison en est qu'il ne peut exister de mariage civil qu'entre des personnes qui jouissent de la vie civile. *V. Mariage.*

Mais que doit-on entendre en cette matière par une *erreur sur la personne?* Y a-t-il erreur sur la personne, lorsque connaissant bien la personne que l'on épouse, on la croit légitime tandis qu'elle est bâtarde, ou de telle famille tandis qu'elle appartient à une autre? Ou, en d'autres termes, pour savoir s'il y a erreur sur la personne, doit-on considérer la *personne civile*, ou ne doit-on s'attacher qu'à la *personne physique?* Cette question a fait au conseil d'état la matière d'une grande discussion.

La commission à laquelle avait été confiée la rédaction du projet de Code Napoléon, avait proposé un article portant que « le mariage n'est pas valable, s'il y a erreur dans la personne que l'une des parties avait l'intention d'épouser ».

La cour de cassation, dans ses observations sur ce projet, avait demandé qu'aux mots, *erreur dans la personne*, on substituât ceux-ci: *erreur sur l'individu*; et l'on voit que si ce changement eût été adopté, la question eût été clairement résolue.

Mais la section de législation du conseil d'état proposa un article dont la rédaction offrait la même ambiguïté que celui de la commission: *il n'y a pas de mariage*, portait cet article, *lorsqu'il n'y a pas consentement. Il n'y pas consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne.*

Et sur cette proposition les avis se partagèrent: les uns voulaient que l'erreur sur la personne civile, viciât le mariage dans tous les cas; les autres soutenaient que le mariage auquel aurait donné lieu une erreur de cette nature, ne devait être annullé que dans le cas où la personne sur qui cette erreur serait tombée, en aurait été complice. Tous convenaient du moins que dans ce dernier cas, la nullité du mariage devait être prononcée.

Cependant l'article proposé par la section de législation, a été reduit à la première partie; et l'on en fait le 146e du Code Napoléon, qui porte simplement, comme on l'a vu plus haut, qu'*il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement.*

Que conclure de là? Le tribunat paraît avoir inféré de ce retranchement, que les tribunaux pourraient juger la question suivant les circonstances: telle est du moins la doctrine qu'un de ses orateurs (M. Boutteville), a professée à la tribune du corps législatif le 26 ventose an 11: — « Pour régler (a-t-il dit), le cas où il y a erreur sur la personne, on a demandé s'il fallait s'attacher aux qualités physiques ou aux qualités *morales* (c'est sans doute *civiles*, que l'orateur a voulu dire).— Dans tous les cas, les décisions de la justice dépendent nécessairement des faits particuliers à chaque espèce. — Le plus grand acte de sagesse du législateur est de s'en remettre à celle des tribunaux. — Point de consentement ou de consentement parfaitement libre, point de mariage. — Ce fanal dirigera bien plus sûrement les juges que des idées métaphysiques ou complexes qui pourraient ne faire que les embarrasser ou les égarer ».

Mais, d'un autre côté, M. Portalis, conseiller d'état, portant la parole, au nom du gouvernement, à la séance du corps législatif, du 16 du même mois, avait présenté l'art. 146 du Code Napoléon dans un sens absolument conforme à celui dans lequel la cour de cassation avait desiré qu'il fût rédigé: — « L'erreur en matière de mariage (ce sont ses termes), ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne; on me trompe, ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insçu et contre mon gré; le mariage est nul ».

Telle est aussi l'interprétation que donne à l'art. 146, M. Maleville, qui a été membre de la commission chargée de la rédaction du projet de Code civil, et qui a assisté, comme tel, à toutes les séances du conseil d'état où ce projet a été discuté. Voici comment il s'explique dans son *Analyse raisonnée*, sur l'art. 180 du Code: — « Quant à l'erreur, suivant le droit romain et canonique, elle ne rendait le mariage nul que lorsqu'elle tombait sur la personne même. Si, par exemple, on m'a fait épouser par surprise *Marie*, tandis que je croyais épouser *Jeanne*, ce qui pourrait arriver, dans le cas où, sous un voile, on conduirait à l'autel ou devant l'officier public, l'une pour l'autre, le mariage est radicalement nul; mais l'erreur dans

Digitized by Google

la fortune, la vertu, et dans les autres qualités de la personne, ne vicie point le mariage. Ainsi, tant pis pour moi si j'épouse une fille sans biens, sans naissance et sans honnêteté, croyant épouser une personne riche, vertueuse, et d'une naissance illustre. On excepte cependant le cas où j'aurais épousé une esclave croyant qu'elle était libre. Les lois s'arrêtaient après ces principes généraux, qu'on peut voir particulièrement dans d'Hericourt, *Lois Eccl., part.* 3, *ch.* 5. — On voulut aller plus loin, et distinguer l'identité morale de l'identité physique. On dit que dans l'état de la nature, l'identité physique faisait tout, et que l'erreur dans cette identité pouvait seule annuller le mariage; mais que dans l'ordre social, il y avait d'autres qualités qui personnalisaient l'individu; si, croyant épouser la fille d'un magistrat, d'un général, j'épouse celle d'un homme sans nom, peut-on soutenir qu'il n'y a pas eu erreur dans la personne? Cependant dans ce cas-là même, on voulait distinguer l'erreur occasionnée par le dol de la personne épousée, d'avec celle qui provenait du dol d'un tiers; et ce n'était que dans ce dernier cas, qu'on prétendait faire annuller le mariage. Mais après bien des lucubrations, on convint de ne pas entrer dans ces détails, et les choses en sont restées sur le pied des lois anciennes ».]]

A l'égard de la contrainte, elle ne nuit au consentement que lorsqu'elle a été accompagnée de violence ou de menaces injustes d'un mal grave actuel ou très prochain.

Ainsi, lorsqu'un homme épouse parcequ'il y est contraint par la justice, ou pour éviter un décret de prise-de-corps, on ne peut pas regarder cette contrainte comme injuste, puisqu'elle émane de la justice.

On ne peut pas dire non plus que le consentement ait été essentiellement blessé, lorsqu'il n'y a eu que des menaces vagues ou des menaces d'un mal éloigné.

Mais lorsque la contrainte a été injuste et violente, elle donne lieu à se pourvoir contre la nullité du mariage, sans considérer si la personne épousée y a eu part ou non. Il y a même un arrêt du 24 avril 1631, rapporté par Soëfve, qui déclare nul un mariage pour cause de contrainte, quoique la partie plaignante ne se fût pourvue qu'après trois ans de cohabitation, et qu'il y eût des enfans de ce mariage.

Il arrive très souvent que les pères et les mères obligent leurs enfans à épouser des personnes pour lesquelles ils se sentent une répugnance invincible; mais cette espèce de contrainte, à moins qu'elle n'ait été accompagnée de sevices actuels, n'est point capable de faire annuller le mariage. La soumission des enfans, en pareil cas, est regardée comme un effet de leur sagesse d'avoir suivi les conseils éclairés de ceux à qui ils doivent la naissance, et de les avoir préférés à leur propre inclination. — C'est ce qui a été jugé au parlement de Paris, le 16 décembre 1728, sur une réclamation de la dame Rapaly contre son mariage, sous prétexte qu'elle y avait été contrainte par sa mère et par son beau-père. Elle alléguait des faits, notamment qu'au lieu de dire *oui* à l'église, elle avait répondu *non*. Elle ajoutait que quoiqu'elle eût couché environ *quinze nuits* avec le sieur Rapaly, le mariage était encore à consommer; mais elle avait signé le contrat de mariage et l'acte de célébration. Les menaces dont elle prétendait d'ailleurs qu'on avait usé envers elle, n'ont pas paru déterminantes; au moyen de quoi elle a été déboutée de sa réclamation. — Le même parlement avait jugé de la même manière par un arrêt du 7 janvier 1716, dans un cas à peu près pareil concernant le sieur Brossart de Bazinval.

[[On a déjà vu plus haut, §. 4, n. 6, quelles sont, sur cette matière, les dispositions des art. 180 et 181 du Code Napoléon. Mais il est bon d'y joindre ce qui a été dit au conseil d'état lors de la discussion de ces articles.

« Le Premier Consul (nous copions le procès-verbal) dit qu'il faut d'abord convenir du principe: Admettra-t-on l'allegation de la violence, sur-tout à l'égard de l'homme, lorsque le mariage est consommé?

» M. Tronchet dit que la preuve de la consommation du mariage serait aussi contraire aux mœurs qu'elle est impossible; que d'ailleurs la violence va jusque-là.

» Le premier consul dit que, dans le principe, il n'y a point de contrat s'il y a violence, mais que la consommation du mariage forme le contrat par les sens; qu'en effet, la difficulté est de la constater.

» L'indice le plus clair est la procréation des enfans: cependant le mari peut soutenir qu'il n'en est pas le père; ainsi la grossesse ne donne qu'une preuve incertaine.

» M. Boulay dit que la section admet aussi que la volonté et le consentement tacite peuvent effacer le vice de violence, qui, dans le principe, détruisait la validité du mariage; que, sous ce rapport, elle a admis deux exceptions, savoir, la cohabitation continuée et la survenance d'enfans.

» Le consul Cambacérès dit que la loi pourrait ne pas entrer dans tous ces détails, et laisser aux juges à prononcer d'après les circonstances et les faits particuliers; qu'il suffit de n'ouvrir les réclamations qu'aux pères et aux mères, afin d'exclure les collatéraux.

» M. Réal dit que la section n'a fait que rédiger en projet de loi la jurisprudence existante.

» Le consul Cambacérès dit que les tribunaux suivent d'eux-mêmes cette jurisprudence.

» Le premier consul dit que la jurisprudence est le résultat composé d'une foule de dispositions; qu'ainsi, si la loi devait la reproduire, il faudrait que ses articles fussent multipliés à l'infini.

» M. Trouchet partage l'opinion du consul Cambacérès: dans ces matières, dit-il, tout dépend des circonstances et des faits. On peut donc se borner

Digitized by Google

à dire que le recours ne demeurera ouvert que tant que la continuation de la violence sera prouvée.

» Le premier consul propose de donner encore un terme de trois mois après la cessation de la violence. — M. Tronchet adopte cet amendement. (*Le terme a été définitivement porté à six mois.*)

» Le ministre de la justice observe que ce terme de trois mois est même trop long; que la réclamation doit suivre immédiatement le moment où la violence a cessé; que toute cohabitation postérieure est une véritable ratification.

» Le premier consul fait une autre observation : il dit qu'il faut distinguer la violence dont l'effet a conduit la personne violentée devant l'officier de l'état civil, de toute autre espèce de violence. Quand la violence a eu cet effet, il y a une apparence de mariage que la cassation doit détruire; dans les autres cas de violence, il n'y a pas même de mariage.

» M. Tronchet dit qu'on ne peut concevoir de violence devant l'officier public, qu'autant que l'officier public aurait été violenté lui-même; mais qu'alors n'y ayant pas de consentement, il n'y a pas de mariage.

» Le premier consul répond qu'il entend parler d'une violence morale et cachée, résultant de la faiblesse de l'âge et de la tyrannie des familles : elle peut être telle, qu'elle contraigne la personne violentée à donner un consentement apparent devant l'officier de l'état civil; mais comme alors il n'y a pas de consentement réel, il n'y a aussi de mariage qu'en apparence. Le mot *violence* qu'emploie la section, est trop pris dans le sens physique; il serait bon de trouver un terme plus générique.

» M. Réal dit que la section n'a pas dû, dans cet article, definir la violence, ni établir comment la preuve serait faite; elle laisse à ce mot son acception morale et physique; elle suppose la preuve etablie, et alors son objet est et doit être uniquement de désigner dans cet article ceux qui, en cas de violence, pourraient réclamer, et à qui la loi donnerait l'action.

» La première partie de l'article est adoptée. — La seconde est supprimée ».

Cette seconde partie était celle qui faisait résulter de la survenance d'enfans une fin de non recevoir contre la demande en nullité du mariage contracté par violence.]]

2°. *Du consentement de ceux dont dépendent les parties contractantes.* Les personnes dont peuvent dépendre les parties contractantes, sont le roi à l'égard des princes du sang, les pères et les mères à l'égard de leurs enfans mineurs, les tuteurs ou curateurs à l'égard des pupilles, et les maîtres à l'égard de leurs esclaves dans nos colonies.

D'abord, quant aux mariages des princes du sang, c'est une maxime reconnue parmi nous, que ces princes ne peuvent point valablement se marier sans l'agrement du roi. L'invalidité d'un tel mariage fit, dans le siècle dernier, la matière d'une difficulté. Il s'agissait du mariage de Gaston, duc d'Orléans, avec la princesse Marguerite de Lorraine. Mais, sur l'appel comme d'abus interjeté de ce mariage par le procureur général du roi, la nullité en fut prononcée par un arrêt du mois de septembre 1634, à raison du seul défaut de consentement du souverain; et le prince reconnut tellement qu'il avait manqué à son devoir, qu'étant rentré en grace avec le roi, et ayant obtenu la permission de réhabiliter son mariage, la célébration s'en fit de nouveau, par l'archevêque de Paris, à Meudon, au mois de mai 1647.

[[Le sénatus-consulte du 28 floréal an 12 porte, art. 12 : « Ils (les princes français) ne peuvent se marier sans l'autorisation de l'empereur. Le mariage d'un prince français, fait sans l'autorisation de l'empereur, emporte privation de tout droit à l'hérédité, tant pour celui qui l'a contracté que pour ses descendans. Néanmoins, s'il n'existe point d'enfans de ce mariage, et qu'il vienne à se dissoudre, le prince qui l'avait contracté recouvre ses droits à l'hérédité ».

Le statut impérial du 30 mars 1806 explique et étend ainsi cette disposition :

« *Art.* 4. Le mariage des princes et princesses de la maison impériale, à quelque âge qu'ils soient parvenus, sera nul et de nul effet, de plein droit, et sans qu'il soit besoin de jugement, toutes les fois qu'il aura été contracté sans le consentement formel de l'empereur.

» Ce consentement sera exprimé dans une lettre close, contre-signée par l'archi-chancelier de l'empire. Il suffira seul, et tiendra lieu de dispenses d'âge et de parenté, dans tous les cas où ces dispenses sont nécessaires.

» 5. Tous les enfans nés d'une union qui n'aurait point été contractée conformément aux dispositions du précédent article, seront réputés illégitimes.....» — V. *Mariage de la main gauche.*]]

A l'égard du consentement des pères et des mères pour le mariage de leurs enfans mineurs, le concile de Trente ne regarde pas ce consentement comme nécessaire; mais ce concile n'a ni décidé ni pu décider que les souverains n'ont point la faculté de mettre aux mariages de leurs sujets, tels Empêchemens dirimans qu'ils croient convenables; et comme nous avons des lois qui exigent ce consentement d'une manière impérieuse, on ne peut s'empêcher d'en regarder le défaut comme un obstacle dirimant. Il est vrai que ces mêmes lois ne disent pas d'une manière expresse que le mariage sera non valablement contracté; mais les inductions qu'on tire de ces lois, ne laissent aucun doute sur cette matière.

D'abord, l'art. 40 de l'ordonnance de Blois défend « aux curés de passer outre à la célébration desdits mariages (des enfans de famille), s'il ne leur apparaît du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt* ». — Cette ordonnance, comme l'observe très bien Pothier, suppose donc que le mariage d'un mineur doit passer pour enta-

Digitized by Google

ché du vice de séduction, vice qui est entièrement contraire, dans une jeune personne, à la liberté du consentement nécessaire pour le mariage.

La même ordonnance exige la publication de bans, à peine de nullité, à moins qu'on n'ait obtenu une dispense à cet égard; et l'on sait que le principal motif de l'ordonnance sur cet article, a été d'empêcher les mineurs de se marier à l'insçu de leurs pères et de leurs mères, et sans leur consentement.—« Or (continue Pothier), peut-on penser sans absurdité que l'ordonnance ait pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir, que pour l'inobservation d'une formalité qu'elle n'a établie que pour l'empêcher »?

Ces réflexions de l'auteur cité sont puisées dans le trentième plaidoyer de M. d'Agueseau, sur la cause de Melchior Fleury contre la demoiselle de Rezac; elles sont d'ailleurs appuyées sur la jurisprudence actuelle, suivant laquelle on ne fait aucune difficulté d'annuller les mariages des mineurs contractés sans la participation de leurs pères et de leurs mères.

Observez que cette minorité s'étend jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, nonobstant quelques dispositions coutumières, où la majorité est acquise à vingt ans. La déclaration du 26 novembre 1639 y déroge expressément: c'est d'ailleurs ce qu'ont jugé un arrêt du parlement de Rouen, du 23 janvier 1659, rapporté par Basnage sur la coutume de Normandie, et un autre arrêt du parlement de Paris, du 18 mars 1651, rapporté par Soefve.

[[La loi du 20 septembre 1792 portait, tit. 4, sect. 1, art. 3 et 13, que les mineurs de vingt-un ans ne pouvaient, à peine de nullité, « être mariés sans le consentement de leur père ou mère »; et elle ajoutait (*art.* 8): « Le consentement du père sera suffisant. (*Art.* 5): Si le père est mort ou interdit, le consentement de la mère suffira également ».

Le Code Napoléon dispose à peu près de même, si ce n'est que, pour les enfans mâles, il prolonge jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis l'incapacité de se marier sans le consentement de leur père ou mère. Voici ses termes:

« *Art.* 148. Le fils qui n'a pas atteint l'âge de de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère: en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

» 149. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit ». — *V.* ci-devant §. 4, n. 6.]]

L'éloignement de la demeure du père ou de la mère ne dispense pas les enfans d'obtenir leur consentement: on ne peut y suppléer par une approbation des parens, donnée devant le juge, qu'autant qu'on ignore le lieu de cette demeure. Pothier nous apprend que cela a été ainsi jugé concernant le mariage d'une demoiselle de la ville d'Orléans, lequel, ayant été attaqué par sa mère (qui demeurait alors à Saint-Domingue), a été déclaré abusivement contracté, pour l'avoir été sans son consentement. [[*V.* le Code Napoleon, art. 155.]]

Après la révocation de l'édit de Nantes, comme beaucoup de protestans quittaient le pays, il parut une déclaration du 6 août 1686, par laquelle les enfans mineurs furent dispensés d'avoir, pour se marier, le consentement de leurs pères et de leurs mères qui se seraient retirés dans les pays étrangers pour cause de religion ou pour tout autre motif, en y suppléant par celui d'un tuteur et par un avis de six des plus proches parens et alliés, ou, à défaut de parens, par l'avis d'amis ou de voisins assemblés devant le juge royal, ou, à défaut de juge royal, devant le juge ordinaire des lieux.

Une déclaration du 24 mai 1724, art. 16, dit la même chose, et ajoute que s'il n'y a que le père ou la mère qui soit sorti du royaume, « il suffira d'assembler trois parens ou alliés du côté de celui qui sera sorti du royaume, ou, à leur défaut, trois voisins ou amis, lesquels, avec le père ou la mère qui se trouvera toujours présent, et le tuteur ou curateur (s'il y en a autre que le père ou la mère), donneront leur consentement, s'il y échoit, au mariage proposé ».

[[Ces deux déclarations sont abrogées par la loi du 10 juillet 1790. *V. Religionnaires.*

Au surplus, la disposition ci-dessus rapelée du Code Napoléon, qui assimile au cas de mort du père ou de la mère celui où le père ou la mère serait *dans l'impuissance de manifester sa volonté*, fait suffisamment entendre, 1°. qu'aujourd'hui il faut que le père dont le decès n'est pas constaté, ait absolument disparu, ou qu'il y ait impossibilité physique de correspondre avec lui, pour que l'on puisse suppléer à son consentement par celui de la mère; 2°. qu'en ce cas le consentement de la mère suffit. *V.* d'ailleurs l'art. 141 du même Code.]]

Observez qu'il n'y a que le père et la mère qui puissent réclamer, et que, lorsqu'ils ont comme ratifié le mariage par leur silence ou par un accueil gracieux fait aux époux, ils ne sont plus recevables à se plaindre. [[*V.* ci-devant, §. 4, n. 6.]]

Ils ne le sont pas non plus lorsqu'ils étaient dans un état de mort civile au temps de la célébration du mariage, ou lorsqu'ils étaient en captivité dans les pays étrangers, [[et qu'il y avait, comme on le disait tout à l'heure, impossibilité physique de correspondre avec eux.]]

Le consentement du père et de la mère est donc nécessaire pour la validité du mariage de leurs enfans mineurs. Mais s'ils le refusaient par mauvaise humeur, et que l'injustice du refus fût evidente, rien n'empêcherait que les enfans n'eussent recours à l'autorité de la justice, parceque celle dont les pères et les mères sont dépositaires, n'est que pour l'avantage de leurs enfans, et non pour en abuser à leur préjudice; aussi trouve-t-on dans le Journal des audiences, des exemples où les enfans

Digitized by Google

ont été autorisés à se marier contre la résistance injuste de leurs parens.

[[Cette doctrine qui, dans l'ancienne législation, n'était pas à l'abri de toute critique, ne peut plus se concilier avec les dispositions du Code Napoléon. Elle était d'ailleurs déjà proscrite implicitement par la loi du 20 septembre 1792.]]

Quand les enfans sont majeurs de vingt-cinq ans, ils n'ont plus besoin du consentement dont il s'agit pour la validité de leur mariage. — [[Mais *V. Exhérédation* et *Sommation respectueuse.*]]

Les bâtards, quoique mineurs, n'ont pas besoin non plus du consentement de leur père naturel; c'est ce qui a été notamment jugé par un arrêt du 1er février 1662, rapporté au Journal des audiences.

[[Il en est autrement aujourd'hui des bâtards légalement reconnus. L'art. 158 du Code Napoléon leur rend communes les dispositions des art. 148 et 149 ci-dessus transcrits.]]

Lorsque les mineurs n'ont ni père ni mère, il leur faut un tuteur ou un curateur, à l'effet d'avoir un consentement qui équivaille à celui du père ou de la mère. Mais lorsqu'il y a un père ou une mère, leur consentement suffit, quand même il y aurait un curateur particulier pour l'administration des biens.

Lorsque le mineur qui n'a ni père ni mère, a deux tuteurs, l'un honoraire et l'autre onéraire, c'est le consentement du tuteur honoraire qui est seul requis.

Lorsqu'il y a deux tuteurs de la même qualité, l'un en France et l'autre dans les colonies, c'est celui du lieu où le père du mineur demeurait lors de son décès, qui doit donner son consentement par écrit au mariage du mineur, sur un avis de parens devant le juge; à moins que ce juge, pour de bonnes raisons, ne croie intéressant que l'autre tuteur soit entendu. Voyez à ce sujet l'art. 5 d'une déclaration du 15 décembre 1721, et l'art. 12 de celle du 1er février 1743.

Il y a une différence entre le consentement du père et de la mère, et celui des tuteurs ou curateurs : 1°. en ce que le père et la mère n'ont pas besoin de prendre l'avis de la famille pour donner leur consentement, au lieu que les tuteurs ou curateurs y sont obligés, suivant ce qui résulte de l'art. 43 de l'ordonnance de Blois; 2°. en ce que les mineurs sont bien plus facilement écoutés à réclamer en justice contre le refus de consentement de leurs tuteurs ou curateurs, que contre celui de leur père ou de leur mère; 3°. en ce que le refus du père ou de la mère suffit pour faire présumer la séduction et pour faire réclamer, au lieu que celui des tuteurs ne peut donner ouverture à une réclamation que lorsque le mariage paraît désavantageux au mineur par l'inégalité de condition et de fortune. On peut voir, sur cette différence, les observations du célèbre avocat général Talon, au tom. 2 du Journal des audiences, liv. 4, chap. 47.

[[Toute cette jurisprudence est changée. Voici d'abord ce que portait là-dessus la loi du 20 septembre 1792, tit. 4, sect. 1 :

« *Art.* 6. Dans le cas où (le père étant mort ou interdit), la mère serait décédée ou en interdiction, le consentement des cinq plus proches parens paternels ou maternels sera nécessaire.

» 7. Lorsque les mineurs n'auront point de parens, ou n'en auront pas au nombre de cinq dans le district, on y suppléera par des voisins pris dans le lieu où les mineurs seront domiciliés.

» 8. Les parens et les voisins assemblés dans la maison commune du lieu du domicile du mineur, délibéreront à cet égard devant le maire ou autre officier municipal à l'ordre de la liste, en présence du procureur de la commune.

» 9. Le consentement sera donné ou refusé d'après la majorité des suffrages ».

On voit que cette loi ne s'occupait point des cas où les enfans mineurs dont le père et la mère seraient décédés ou interdits, auraient encore un ou plusieurs de leurs aïeux ou aïeules. Cette omission est réparée par l'art. 150 du Code Napoléon. — « S'il le père et la mère (y est-il dit) sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement ».

L'art. 160 ajoute : « S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille ».

On remarque sans doute que les fils majeurs de vingt-un ans et mineurs de vingt-cinq, n'ont pas besoin du consentement du conseil de famille, et qu'en cela le conseil de famille n'a pas sur eux les mêmes droits que le père, la mère, les aïeux et les aïeules.]]

On donne aux bâtards mineurs des tuteurs ou des curateurs, ainsi qu'aux enfans légitimes; mais comme les bâtards ne sont point fils de famille, ils pourraient être valablement mariés sans cette formalité; car les ordonnances faites depuis le concile de Trente sur le fait des mariages, n'ont particulièrement considéré que ceux des enfans de famille.

[[Le Code Napoléon en dispose autrement : « L'enfant naturel qui n'a point été reconnu (porte-t-il, art. 159), et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé ».]]

A l'égard du consentement des maîtres concernant le mariage de leurs esclaves, il est certain que si en France il y avait des esclaves, ce consentement serait nécessaire, parceque pour se marier il faut être libre, ou le faire avec l'agrément de ceux dont on dépend. Dans les colonies où nous avons des esclaves, ils ne peuvent se marier sans le consentement de leur maître; et lorsque celui-ci

Digitized by Google

y consent, ils n'ont pas besoin de celui de leur père ni de leur mère. Voyez l'art. 10 de l'edit du mois de mars 1685, concernant les nègres dans nos colonies.

3°. *La proclamation du mariage. V. Bans de mariage.*

4°. *La célébration du mariage. V. Bénédiction, Clandestinité* et *Mariage.*

§. VI. *Des dispenses sur les Empêchemens du mariage.*

*V. Dispenses.**(M. Dareau.) *

[[EMPEREUR. Ce terme, synonyme du mot latin *imperator*, et qui dérive comme lui du verbe *imperare*, désigne litteralement *celui qui commande.*

Le titre d'Empereur etait sous la republique romaine, la dénomination générique des commandans en chef d'armées. Mais alors même, on appelait Empereur, dans un sens plus restreint, le general qui, après avoir remporté une victoire eclatante, était salue de ce nom par les acclamations de son armee, et ensuite honoré de ce titre par un decret du senat.

La dignité d'Empereur prit dans la personne de Jules-Cesar un nouveau caractère : il exerça sous ce titre toute la puissance qui était précédemment partagée entre les consuls, les censeurs, les tribuns du peuple, et tous les grands magistrats de la république ; et ce fut également sous ce titre que regnèrent ses successeurs.

Il est inutile de rechercher par quel motif nos aucêtres ont plutôt donné le nom de *roi* que celui d'*Empereur*, aux princes qui les gouvernaient. Peut-être le premier était-il seul connu des peuples du nord et par conséquent des Germains. Peut-être aussi le regardait-on comme plus imposant. Ce qu'il y a de certain, c'est que Jules-César ne prit le titre d'Empereur, que parcequ'il n'osa pas prendre celui de roi.

Quoi qu'il en soit, il parait que lorsque le titre d'Empereur ent acquis par la puissance de ceux qui l'avaient porté à Rome et à Constantinople, un éclat qu'il n'avait point dans le principe, nos rois n'ont pas cru qu'il leur fût interdit de le prendre eux-mêmes. Dutillet, dans son *Traité de la grandeur et excellence des rois et royaume de France*, assure qu'il y a au trésor des chartes, un titre qui porte, *regnant Philippe premier, l'an seizième de son Empire, l'an* 1083. Il ajoute qu'on voit dans le chartrier de l'abbaye de S. Benigne de Dijon, un titre dans lequel Louis-le-Gros se qualifie *Empereur auguste de France.* Il dit encore que Louis-le-Jeune se qualifie de même dans un privilège accordé à la ville de Magalonne ou Montpellier, le 9 février 1155. Enfin, continue-t-il, on trouve une infinité d'autres chartres qui justifient le droit de nos rois de prendre le titre d'Empereur.

Le grand-seigneur donnait encore ce titre au roi de France dans le dix-huitième siècle, et le roi de France le prenait encore envers lui. Témoin ce qui se passa en 1721, lorsque Mehemet-Effendi, ambassadeur de la Porte, vint complimenter Louis XV sur son avènement à la couronne. Ce ministre parut le 20 mars, à l'audience du roi, et lui dit, en présentant ses lettres de créance : « Le grand-seigneur m'envoie en ambassade auprès du très puissant et très magnifique Empereur de France, pour témoigner l'estime qu'il a pour votre sublime majesté... ». Le maréchal de Villeroy, répondit au nom du jeune monarque : « L'Empereur, mon maitre, est satisfait de la marque d'amitié que lui donne l'Empereur des Ottomans.... ».

Louis XVI fut également qualifié d'Empereur par Sidy Abdhesaman Bedjri Aga, envoyé du pacha et de la regence de Tripoli de Barbarie, à l'audience qu'il lui donna le 27 mai 1775. (*Journal politique de Bouillon, 1775, juillet, première quinzaine, page* 38.)

A ces exemples près, il y avait long-temps, lorsque finit la troisième dynastie de nos rois, qu'ils ne prenaient et ne recevaient plus le titre d'Empereur.

Ce titre fut même, pendant plusieurs siècles, exclusivement affecté en Europe, au chef de la confédération germanique et au grand-seigneur.

Dans la suite, il fut aussi donné au chef du gouvernement russe ; mais ce ne fut pas sans difficulté. « Je sais (dit l'abbé Langlet, dans l'Encyclopédie au mot *Czar*), que quand le *czar* Pierre Ier exigea de la cour de Vienne qu'on le qualifiât du titre d'*Empereur*, cela forma beaucoup de difficulté à la cour impériale ; mais le czar Pierre fit présenter par son ambassadeur une lettre originale que Maximilien Ier avait écrite au czar Jean Basilowits. Le comte Sinzendorff, grand-chancelier de la cour de Vienne, fit chercher dans les archives de la maison d'Autriche, l'original de cette lettre. On ne la trouva point ; mais l'écriture du secrétaire et la signature de Maximilien ayant été reconnues et bien vérifiées, on ne fit pas difficulté d'accorder à Pierre Ier et à ses successeurs le titre d'*Empereur*, dont ils jouissent encore à présent. C'est du comte Sinzendorff que j'appris à Vienne même ces particularités, en 1722 ».

Mais le titre d'Empereur a été recréé en France par le sénatus-consulte du 28 floréal an 12, ou plutôt par le peuple entier qui, en donnant à ce grand acte, la sanction expresse et solennelle d'un vœu libre et vraiment national, a proclamé Napoléon Bonaparte *Empereur des Français.*

V. Loi, Décrets impériaux, Sénat, Corps législatif, Régence, Serment, Déclaration de guerre, Grace, Juge, Liste civile, Domaine public, Conseil de la famille impériale, Prince français, etc.]]

* EMPHYTEOSE. C'est une convention par laquelle le proprietaire d'un héritage en cède à quelqu'un la jouissance pour un temps, et même à perpétuité, à la charge d'une redevance annuelle que le bailleur se réserve sur cet héritage pour marque de son domaine direct.

Digitized by Google

§. I. *Nature de l'Emphytéose. Effets qui en résultent tant pour le bailleur que pour le preneur.*

I. Le terme d'*Emphytéose* tire son origine d'un mot grec qui signifie *planter*, *améliorer une terre*.

Ce sont les Romains qui nous ont transmis l'usage de l'Emphytéose. Dans l'origine, elle n'attribua chez eux au preneur qu'une jouissance à temps, soit pour la vie du preneur, soit pour deux ou trois générations; c'est pour cela que les lois romaines n'ont donné le titre de domaine au droit de l'emphyteote, que quand l'Emphytéose est devenue perpétuelle.

Cette différence, dans la nature de l'Emphytéose, explique la contradiction apparente qui se trouve entre quelques lois sur cette matière : c'est que les unes parlent de l'Emphytéose à temps, et les autres de l'Emphytéose perpétuelle.

En France, l'Emphytéose faite par un seigneur, d'un heritage qui fait partie de son domaine féodal, a le même effet que le bail à cens.

L'Emphytéose faite par le simple propriétaire de l'héritage qu'il tient en censive, est ordinairement confondue avec le bail à rente foncière *V. Fondalité*.

[[Et il n'y a de veritable Emphytéose que celle qui est faite par le propriétaire de l'héritage qu'il tient en franc-aleu. *V.* l'arrêt du 10 fevrier 1806, rapporté à l'article *Fief*, §. 7.

Quelle est la nature du bail emphytéotique dans les quatre nouveaux départemens de la rive gauche du Rhin ? *V.* le plaidoyer du 9 floreal an 13, rapporté à l'article *Quart ou tiers-raisin*.]]

L'Emphyteose est censée faite à perpétuité, si, par une clause expresse, elle n'est stipulée temporaire.

II. On appelle ordinairement *canon emphytéotique*, la redevance stipulée par la convention.

La pension ou redevance emphytéotique est tellement de l'essence de ce contrat, que s'il n'y en avait pas une reserve, ce ne serait point une Emphytéose.

La loi 2, C. *de jure emphyteutico*, décide que faute par l'emphyteote de payer ce canon ou redevance pendant trois ans, il peut être évincé par le bailleur; mais comme l'observe Boutaric, dans son *traité des droits seigneuriaux*, il faut qu'au préalable celui-ci ait constitué l'autre en demeure, et qu'il ait fait prononcer judiciairement la commise. *V. Commise emphytéotique*.

[[En est-il de même, lorsque par le bail il est dit qu'à défaut de paiement de la redevance pendant trois ans, le bailleur rentrera dans son bien *de plein droit et sans forme de procès ?*

Serres, en ses *Institutions au droit français*, liv. 3, tit. 25, §. 3, dit que n cette stipulation n'est regardée que comme comminatoire, et que l'emphyteote ne peut être dépossede que par les voies de la justice ».

Mais l'emphytéote qui, assigne en delaissement, à défaut de paiement de la redevance pendant trois années, au lieu de se défendre, a abandonné le fonds et en a laissé jouir le bailleur publiquement et pendant un temps considerable, quoiqu'insuffisant à la prescription, peut-il encore revenir sur ses pas et rentrer dans le bien ? La cour d'appel de Riom avait jugé pour l'affirmative le 1er messidor an 9. Mais son arrêt a été cassé le 1er thermidor an 11. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 230; *Clause comminatoire*, *Clause résolutoire*, *Comminatoire* et *Pacte commissoire*.]]

III. Suivant quelques auteurs, tout bail qui excède neuf ans, est réputé bail emphytéotique ou à longues années; [[mais c'est une erreur que nous avons refutée à l'article *Bail*, §. 4, n. 2.]]

Lorsque le bail emphytéotique est fait pour un temps fixe, les héritiers du preneur en jouissent pendant tout le temps qui en reste à expirer, quoique le bail ne fasse pas mention d'eux.

L'Emphytéose à temps ressemble au bail à loyer ou à ferme, en ce que l'un et l'autre contrat est fait à la charge d'une pension annuelle; mais l'Emphytéose diffère aussi du louage, en ce que l'emphyteote a la plupart des droits et des charges du propriétaire; et en effet le bail emphytéotique est une aliénation de la propriété utile au profit du preneur pendant tout le temps que doit durer le bail, la propriété directe demeurant réservée au bailleur.

IV. Le preneur étant propriétaire, peut vendre, aliéner, echanger ou hypothéquer l'heritage; mais il ne peut pas donner plus de droit qu'il n'en a; et lorsque le temps de la concession est expiré, *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis. V. Résolution.*

V. Ceux qui ne peuvent pas aliéner, ne peuvent pas non plus donner à titre d'Emphytéose.

L'eglise et les communnautés ne le peuvent faire qu'avec les solennités prescrites pour l'aliénation de leurs biens. [[*V. Bail*, §. 18.]]

VI. L'emphyteote ne peut pas, comme un simple locataire ou fermier, obtenir une remise ou diminution de la pension annuelle, par cause de sterilité; parceque la pension emphytéotique est moins pour tenir lieu des fruits, qu'un signe de reconnaissance de la seigneurie directe.

Il n'est pas permis à l'emphyteote de dégrader le fonds, ni même d'en changer la surface, de manière que la valeur en soit diminuée; ainsi il ne peut pas couvertir en terre labourable ce qui est en bois; mais il peut couper les bois, même de haute futaie, qui se trouvent en âge d'être coupes pendant la durée de son bail.

Il ne peut pas detruire les bâtimens qu'il a trouvés faits, ni même ceux qu'il a construits lorsqu'il était obligé de le faire; mais s'il en fait volontairement quelques uns, il peut dans le courant de son bail les enlever, pourvu que ce soit sans degrader l'héritage.

On stipule ordinairement, quand on donne une place à titre d'Emphytéose, que le preneur sera tenu d'y bâtir; cette clause n'est pourtant pas de l'essence d'un tel contrat; mais si elle y est apposee, on peut contraindre le preneur à l'exécuter.

Digitized by Google

La tacite reconduction n'a pas lieu en matière d'Emphyteose.

Les creanciers du preneur d'un bail emphytéotique peuvent faire saisir et vendre la jouissance de ce bail.

Toutes les reparations, tant grosses que mennes, sont à la charge de l'emphytéote pendant la durée de son bail.

Il est aussi oblige d'acquitter toutes les charges réelles, telles que le champart, [[et la contribution foncière. *V. Contributions publiques*, §. 5.]]

VII. A l'expiration du terme porté par le bail emphytéotique, le preneur, ses heritiers ou ayant cause, doivent rendre les lieux en bon état; à l'exception des batimens qu'il a construits volontairement, qu'on ne peut pas l'obliger à reparer; mais il ne peut pas non plus les démolir à la fin de son bail, en emporter des matériaux, en répeter les impenses, ni obliger sous ce prétexte le bailleur à lui continuer le bail, soit pour la totalité de ce qui y etait compris, soit même pour la jouissance de ces bâtimens; dans ce cas *superficies solo cedit*.

VIII. Si le fonds donné en Emphytéose vient à périr totalement, par exemple, si c'est une maison, et qu'elle soit entièrement ruinée par quelque force majeure, en ce cas le preneur est déchargé de la pension. [[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 7, p. 592.]]

Il peut aussi, en déguerpissant l'héritage, se faire decharger en justice de la pension. *V. Déguerpissement.*

IX. La possession du détenteur à titre d'Emphytéose, quelle qu'en soit la durée, ne peut pas lui servir pour acquérir par la prescription la propriété du fonds, parcequ'on ne peut pas prescrire contre son propre titre; c'est en conformité de cette jurisprudence que, par arrêt du 21 août 1734, le grand conseil a jugé qu'un héritage donné à Emphytéose, devait retourner au bailleur, quoique depuis l'expiration du bail, il se fût écoulé plus de quatre-vingts ans.

Mais, par un autre arrêt du 4 septembre 1751, rendu entre le curé de Champlemy et la veuve Doligny, le parlement de Paris a jugé que le tiers acquéreur d'un bien d'eglise donné à Emphytéose, pouvait opposer avec succès la prescription acquise par une possession suffisante depuis l'expiration du temps stipulé dans le bail emphytéotique. (M. Guyot.) *

[[§. II. *Peut-on appliquer aux Emphytéoses perpétuelles, ou doit-on restreindre aux Emphytéoses temporaires, la disposition de l'art. 2 de la loi du 18 avril 1791, qui ordonne que les baux emphytéotiques ci-devant faits par l'église sans le concours des formalités requises, seront exécutés en faveur des preneurs qui prouveront que, par des améliorations faites à leurs dépens, les biens ont acquis une valeur double de celle qu'ils avaient à l'époque du bail?*

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée avec deux autres qui sont indiquées sous les mots *Acquiescement*, §. 8; *Copie*, §. 5; et *Nullité*, §. 8.

Le 7 octobre 1774, contrat notarié, par lequel le prieur de Vernoux infeode au sieur Millot, une prairie appelée *Pré-long*, des terres adjacentes, une grange à foin, et une portion indivise d'un droit de justice, *pour en jouir en fief franc et noble, moyennant une rente annuelle et perpétuelle de 300 livres.* — L'acte porte que les fonds *sont en mauvais état, qu'ils ont besoin de grandes réparations*, et que le droit de justice est, à raison de la multitude de procès qu'il occasionne, *plus onereux que profitable au bénéfice.* — Cependant le prieur excepte de l'infeodation, et se reserve les censives et les autres rentes qui lui sont dues sur les fonds soumis à la portion de justice qu'il aliène.

Le 10 juillet 1776, nouveau bail à fief par lequel le sieur Millot acquiert du prieur de Vernoux, moyennant une rente annuelle et perpétuelle de 500 livres, les censives et les autres redevances que celui-ci s'était reservées par l'acte précédent.

Le 6 octobre 1786, lettres-patentes qui, en approuvant un decret de l'évêque de Viviers, supprimant le prieuré de Vernoux, et en réunissant les biens au seminaire episcopal de ce diocèse. — En conséquence, poursuites de la part des directeurs-syndics de ce seminaire contre le sieur Millot, à fin de delaissement des biens et droits aliénés à son profit par le prieur de Vernoux. — Le sieur Millot forme opposition à l'enregistrement des lettres-patentes.

Le 28 janvier 1789, arrêt du parlement de Toulouse qui, prononçant sur un incident élevé entre les parties, ordonne « que les lettres-patentes seront exécutées provisoirement, demeurant toutefois ledit Millot en possession des biens et droits infeodés par les actes des 7 octobre 1774 et 10 juillet 1776, pendant procès et jusqu'à ce qu'autrement il en ait été ordonné ».

Le 2 novembre 1789, décret de l'assemblée constituante qui met tous les biens du clergé à la disposition de la nation. — En vertu de ce décret, les terres infeodées au sieur Millot, sont soumissionnées; et avant de les mettre en vente, le directoire du district de Mézène nomme un expert pour les estimer. — Le sieur Millot reclame contre cette mesure, et soutient être propriétaire légitime et incommutable des biens qui lui ont été infeodés par le prieur de Vernoux.

Le 29 août 1791, l'administration du département de l'Ardèche charge son procureur-général-syndic de se pourvoir devant les tribunaux, pour faire annuller les baux à fief des 7 octobre 1774 et 10 juillet 1776, et cependant surseoit à la mise en vente des terres comprises dans le premier de ces actes. — L'affaire est portée d'abord au tribunal du district de Mézène, qui la laisse indecise, ensuite au tribunal civil du département de l'Ardèche. — Devant ces deux tribunaux, le sieur Millot ne produit, ni le bail à fief du 7 octobre 1774, ni

Digitized by Google

celui du 10 juillet 1776; il soutient même ne pouvoir plus les produire, attendu qu'ils ont été brûlés en exécution de la loi du 17 juillet 1793; et il en conclut qu'il doit être déchargé des demandes formées contre lui.

Le 12 frimaire an 7, jugement par lequel — « considérant que la citation introductive d'instance donnée à Millot, le 26 janvier 1792, avait pour objet de faire prononcer la nullité, tant du bail du pré appelé *Pré-long*, que de celui des ci-devant droits féodaux ayant appartenu au ci-devant prieure de Vernoux, sous l'offre de rembourser audit Millot le montant de ses réparations, le *désistat* des fonds et autres objets compris aux dits baux, avec restitution des fruits depuis le temps de droit, sur laquelle on imputerait les rentes de 300 et de 500 livres qu'il justifierait avoir payées en exécution desdits baux, et la remise des titres qu'il avait en son pouvoir; — Que l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1793 éteint les procès civils et criminels intentés, soit sur le fonds, soit sur les arrérages des rentes supprimées par l'art. 1er de la même loi....; — Qu'en exécution de cette loi, qui ordonne, art. 6, que tous les titres constitutifs ou récognitifs de droits féodaux seront brûlés, ainsi que ceux qui les rappelleraient, sous la peine des fers, Millot a remis tous ceux qui étaient en son pouvoir à la municipalité de Vernoux; ce qui résulte du certificat à lui donné par le citoyen Peyrot, maire, le 26 octobre 1793; qu'ainsi, il ne peut être tenu de représenter un bail d'inféodation qui est un titre constitutif de féodalité; que, sous ce rapport, il n'a pu être cité en reprise d'instance le 6 germinal an 4; et que le défaut de représentation de ce titre ne peut, par lui-même, opérer la condamnation au *désistat* de la propriété appelée *Pré-long*; — Le tribunal, faisant, quant à ce, droit aux conclusions du citoyen Millot, le décharge de la remise des baux d'inféodation dont s'agit, et rejette les citations à lui données les 26 janvier 1792 et 6 germinal an 4; réserve néanmoins au commissaire du directoire exécutif, pour la nation, tous ses droits et actions relatifs au droit de propriété des immeubles inféodés..., pour les exercer ainsi qu'il appartiendra, les droits et exceptions dudit Millot demeurant aussi reservés ».

Le 11 ventose an 7, le commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche appelle de ce jugement, et la cause est portée au tribunal civil du département de la Drôme.

Le 12 brumaire an 8, l'administration du département de l'Ardèche, s'étant procuré une expédition du bail à fief du 7 octobre 1774, prend un arrêté qui, attendu que le jugement du 12 frimaire an 7 réserve à la nation tous ses droits sur la propriété des biens inféodés, et qu'il est pour cette raison plus simple et aussi sûr d'exécuter un jugement que d'en poursuivre la réformation, autorise le commissaire du gouvernement à faire citer le sieur Millot par action nouvelle en nullité de ce bail, avec restitution des fruits depuis la publication de la loi du 2 novembre 1789, sauf à y imputer ce qu'il justifiera avoir payé depuis, à raison de la rente de 300 livres par an.

Le 9 frimaire suivant, le sieur Millot est cité aux fins de cet arrêté devant le tribunal civil du département de l'Ardèche; mais le 16 du même mois, il fait signifier au commissaire du gouvernement un acte par lequel, en menaçant cet administrateur de le faire condamner aux fers, conformément à l'art. 6 de la loi du 17 juillet 1793, pour lui avoir fait délivrer copie du bail à fief du 7 octobre 1774, il proteste de nullité contre les suites qu'il pourrait donner à cette citation, tant qu'il n'aura pas été statué sur l'appel du jugement du 12 frimaire an 7. — Par le même acte, il assigne le commissaire du gouvernement à comparaître devant le tribunal du département de la Drôme, 1°. pour voir dire, quant à son appel, qu'il a été bien jugé; 2°. pour voir réformer, sur l'appel incident qu'il déclare en interjeter lui-même, le chef du jugement qui réserve à la nation tous les droits et actions sur les propriétés comprises dans les deux baux à fief.

Le 12 nivose an 8, l'administration du département de l'Ardèche prend, sur le vu de cet acte qu'elle copie, un arrêté qui charge le commissaire du gouvernement de défendre à l'assignation qui lui a été donnée, et lui trace les conclusions qu'il doit prendre devant le tribunal civil de la Drôme.

Le commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche envoie cet arrêté et la copie signifiée de l'exploit du sieur Millot au commissaire du gouvernement près le tribunal civil du département de la Drôme. — Bientôt après, ce tribunal est supprimé, et la copie signifiée de l'exploit du sieur Millot s'égare.

Le 13 fructidor an 9, le préfet du département de l'Ardèche fait citer le sieur Millot devant la cour d'appel de Nîmes, pour voir statuer, tant sur l'appel principal émis par le ci-devant commissaire du gouvernement, le 11 ventose an 7, que sur l'appel incident qu'il a lui-même interjeté le 16 frimaire an 8.

Le sieur Millot, comparaissant sur cette citation, nie avoir fait signifier au ci-devant commissaire du gouvernement le prétendu exploit du 16 frimaire an 8; il infère de l'inexistence de cet exploit, que rien n'a pu relever l'administration du département de l'Ardèche de l'acquiescement donné par son arrêté du 12 brumaire an 8, au jugement du 12 frimaire an 7; et il conclut à ce que le préfet soit déclaré non recevable à poursuivre l'appel du ci-devant commissaire du gouvernement. — Au fond et subsidiairement, il oppose au préfet la loi du 17 juillet 1793 et celle du 18 avril 1791.

Le préfet, pour justifier d'autant mieux que l'exploit du 16 frimaire an 8 a véritablement existé, produit un extrait des registres du bureau de l'enregistrement de Vernoux, dans lequel l'enregistrement en est relaté.

Digitized by Google

Le 27 prairial an 12, la conr d'appel de Nîmes, après avoir entendu les parties, pose en ces termes les questions à juger : — « 1°. Le commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche a-t-il acquiescé au jugement du 12 frimaire an 7? S'est-il désisté de son appel, ou cet appel est-il périmé et doit-il être rejeté par cette double fin de non recevoir? — 2°. Le bail du 7 octobre 1774, comme titre féodal, n'est-il pas censé brûlé, et peut-on en faire usage? — 3°. Le bail ne doit-il pas du moins être maintenu en exécution de l'art. 1 de la loi du 18 avril 1791? — 4°. Ne doit-il pas l'être encore, comme se trouvant dans l'exception portée par le §. 9 de l'art 2 de la même loi? — 5°. Le sieur Millot est-il dans le cas porté par le §. 4 du même article? — 6°. Peut-on lui appliquer la dernière disposition de l'art. 5 »?

Et — « Considérant, sur la première question, que le commissaire du gouvernement près l'administration centrale, après l'appel par lui déclaré du jugement du 12 frimaire an 7, s'étant pourvu, en exécution de la réserve y contenue, devant le même tribunal qui l'avait rendu, aurait par là suffisamment abandonné *son appel et acquiescé au jugement*; mais le sieur Millot en ayant appelé lui-même par exploit du 16 frimaire an 8, et sa citation contenant défense au commissaire du gouvernement de rien poursuivre sur la citation du 9 du même mois, devant le tribunal de l'Ardèche, à peine d'attentat, la nation, par cet appel incident, rentra dans tous ses droits, et fut nécessitée de suivre l'instance d'appel à laquelle elle ne pouvait renoncer que du consentement dudit Millot; — Considerant que cette instance ne peut avoir été périmée, puisqu'il ne s'est pas écoulé trois années sans poursuites, l'appel principal étant du 11 ventose an 7, l'appel incident du 16 frimaire an 8, et la citation en continuation des poursuites devant la cour, du 23 fructidor an 9; — Considerant que l'existence de l'exploit de citation du 16 frimaire an 8, desavoué par Millot, est légalement constatée par l'arrêté de l'administration du 12 nivose an 8, où cet exploit est copié, et par l'extrait de la case de l'enregistrement du bureau de Vernoux; d'où il suit que les fins de non recevoir opposées contre l'appel, ne sont point fondées; — Considérant, sur la seconde question, que Millot ne peut pas s'étayer de la loi du 17 juillet 1793, pour en conclure que l'acte de 1774 étant censé brûlé, il ne peut être produit, ni autoriser l'action du préfet; car il ne s'agit pas ici de faire exécuter cet acte, ni de la demande de la rente de 300 fr. qui y est stipulée; mais, au contraire, d'en faire prononcer la nullité comme contenant aliénation d'un bien ecclésiastique prohibée par les lois, et seulement maintenue dans le cas porté dans le decret du 18 avril 1791, ce qui n'a aucun rapport avec la loi invoquée par Millot; d'où il suit que le tribunal civil du departement de l'Ardèche a mal jugé, en adoptant le système du sieur Millot, et en rejetant les citations des 26 janvier 1792 et 6 germinal an 4; — Considérant, sur la troisième question, qu'il n'est pas proposable de présenter l'arrêt du 26 janvier 1789, comme suppléant aux formalités voulues par l'art. 1 du decret du 18 avril 1791; d'où il suit que cet article, loin de favoriser, condamne au contraire la prétention du sieur Millot; — Considérant, sur la quatrième question, que Millot ne se trouve point dans l'exception portée par le §. 3 de l'art. 2 de la loi précitée, puisque la rente excède la somme de 200 fr., et que Millot ne peut pas appliquer cette rente, savoir, 150 fr. pour l'aliénation du tènement du Pré-Long, et 150 fr. pour la concession de la justice, attendu que l'acte de 1774 porte expressément que la justice n'est d'aucun revenu, et est au contraire fort onéreuse; d'où il s'infère que la rente fut établie sur le *Pré-Long* et non sur la justice, avec d'autant plus de raison que, dans le même acte, on déclare que le Pré-Long était affermé 280 fr., ce qui excédérait toujours le taux fixe par la loi et tronqué par Millot; — Considérant, sur la cinquième question, que le §. 4 de l'art. 2 de la loi du 18 avril 1791 maintient, à la vérité, *les baux dont les preneurs prouveront que, par des constructions, plantations et autres améliorations faites à leurs dépens, les biens ont acquis une valeur double de celle qu'ils avaient à l'époque du bail;* mais que dans le fait, le sieur Millot ne rapporte pas cette preuve; car la relation des experts et autres actes qu'il produit, étrangers à la république, ne peuvent servir de base pour établir que Millot a doublé, parses dépenses, la valeur qu'avait le tènement du *Pré-Long* à l'époque de 1774; que s'agissant de savoir si les réparations et améliorations allegées par Millot, existent, et quelle est leur valeur, on ne peut avoir de renseignemens certains que par une vérification d'experts qui rapporteront quelle était la valeur du tènement du *Pré-Long* le 7 octobre 1774, quelles sont les améliorations et constructions que Millot y a faites, en estimeront le montant, en égard à l'époque où elles ont eu lieu; et par ce procédé, on parviendra à s'assurer si les constructions et autres améliorations ont doublé ou non la valeur qu'avait le *Pré-Long* à l'époque du bail; — Considérant, sur la sixième question, que, d'après même ledit Millot, les portions du tènement du *Pré-Long*, inféodées à différens particuliers, sont rentrées dans les mains des prieurs depuis plus d'un siècle; qu'ainsi, on ne saurait lui appliquer la seconde disposition de l'art. 5 de la loi precitée; — La cour, sans s'arrêter à l'appel incident de Millot, porté par son exploit du 16 frimaire an 8, et qu'il n'a pas soutenu dans sa requête du 8 nivose an 11 ni postérieurement, sans avoir égard aux fins de non recevoir opposées contre l'appel du prefet, ni à l'exception prejudicielle dudit Millot, et du tout le débontant, disant, quant à ce droit au susdit appel, a réformé le jugement rendu par le tribunal civil du département de l'Ardèche le 12 frimaire an 7, et, par un nouveau jugé, a déclaré que le bail du 7 octobre 1774 ne peut être maintenu par les dispositions de l'art. 1, par celle du §. 3 de l'art. 2, ni par la dernière disposition de l'art. 5 de la loi

Digitized by Google

du 18 avril 1791; et avant de dire droit à l'exception de Millot, tirée de la disposition du §. 4 de l'art. 2 de ladite loi, a ordonné que par experts convenus entre les parties, ou, en cas de refus ou défaut, pris et nommés d'office par-devant le juge de paix du canton de Vernoux, à ces fins commis, dans le délai de quinzaine, à compter de la signification du présent arrêt, il sera procédé, à la diligence et aux frais et avances dudit Millot, sauf à repeter, le cas y échéant, à la vérification de la prairie appelée le *Pré-Long*, terres joignant et grange à foin, inféodées par l'acte du 7 octobre 1774; lesquels experts diront et rapporteront quelle était la valeur du fonds à la susdite époque; comme aussi ils diront et rapporteront quelles sont les plantations et autres améliorations existantes que Millot y a faites depuis le susdit bail, en estimeront le montant et détermineront de combien ces diverses constructions, réparations et améliorations ont augmenté l'ancienne valeur desdits fonds, pour, la relation des experts rapportée, ou à défaut de ce faire, être ordonné ce qu'il appartiendra, les dépens demeurant réservés, etc. ».

Le sieur Millot se pourvoit en cassation, et soutient que cet arrêt contrevient, dans la forme, à l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667; — Qu'au fond, il viole la loi du 17 juillet 1793, et le décret du 2 octobre suivant; — l'art. 1, le §. 4, de l'art. 2, et la seconde partie de l'art. 5 de la loi du 18 avril 1791.

« Sur le premier de ces moyens (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 8 prairial an 13), il y a deux principes très constans: l'un, que l'appel d'un jugement n'est plus recevable de la part de celui qui y a acquiescé; l'autre, qu'après avoir acquiescé à un jugement, on peut encore en appeler, lorsque la partie adverse s'en rend elle-même appelante.

» Le premier de ces principes est écrit en toutes lettres dans l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667; le second a été consacré par un arrêt de la cour, dans l'espèce que voici: Pourbaix avait, par exploit du 2 nivose an 7, signifié à Mahieu, sans aucune réserve d'en appeler, un jugement rendu entre eux sur plusieurs chefs de contestation. Le 13 du même mois, Mahieu avait interjeté appel de ce jugement; et, en conséquence, Pourbaix en avait aussi appelé. Cependant, le 1er nivose an 8, il intervint au tribunal civil du département de Sambre et Meuse, un jugement en dernier ressort, qui déclara Pourbaix non recevable dans son appel incident. Pourbaix se pourvut en cassation contre ce second jugement, et il fut en effet cassé le 12 prairial an 9, au rapport de M. Babille, — « Attendu que la signification faite le 2 nivose an 7, du jugement de première instance du 27 brumaire précédent, sans aucune réserve de se pourvoir, n'a pu prendre le caractère d'un acquiescement à ce jugement, que conditionnellement, et dans le cas seulement où Mahieu lui-même en aurait consenti l'exécution; — Attendu qu'au lieu de l'exécuter, Mahieu a depuis, et le 13 du même mois de nivose, interjeté appel de ce jugement; d'où il suit que le jugement attaqué, en déclarant Pourbaix non recevable dans son appel, a fait une fausse application de l'art. 15 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667 ».

» Ainsi, d'une part, nul doute que, par lui-même, l'acquiescement donné par le commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche, au jugement du 12 frimaire an 7, n'ait éteint l'appel que cet administrateur avait précédemment interjeté; et, de l'autre, nul doute que si, après cet acquiescement, le sieur Millot a lui-même appelé incidemment du jugement du 12 frimaire an 7, le commissaire du gouvernement n'ait pu faire revivre son appel.

» C'est donc de l'existence ou de la non existence de l'appel incident du sieur Millot, que dépend le rejet ou l'admission du premier moyen de cassation que l'on vous propose.

» Pour prouver que le sieur Millot avait réellement appelé, par acte du 16 frimaire an 8, du jugement du 12 frimaire an 7, le préfet du département de l'Ardèche représentait, d'abord, un arrêté pris sur cet acte même, par l'administration de ce département, le 12 nivose an 8, et qui en contient la transcription littérale: puisque, un extrait des registres du bureau de l'enregistrement de Vernoux, constatant que le 16 frimaire an 8, ce même acte avait été enregistré en ce bureau; — Et la cour d'appel de Nimes a jugé cette preuve suffisante.

» Il est certain que si elle eût jugé le contraire, son arrêt ne pourrait pas être cassé, parcequ'il n'aurait violé aucune loi; et c'est ce que nous avons établi, c'est ce que vous avez décidé, dans une espèce à peu près semblable, le 6 thermidor an 11, en rejetant la demande de la dame Olivier en cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Montpellier. (*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, article *Religionnaires*, §. 2).

» Mais en jugeant suffisante une preuve dont elle aufait pu ne pas reconnaître la suffisance, la cour d'appel de Nimes a-t-elle violé quelque loi? Le demandeur ne vous cite à cet égard que l'autorité de Louet, de Boiceau et de Rodier, qui, certes, ne sont pas des législateurs.

» Dans l'exacte vérité, l'arrêté de l'administration du département de l'Ardèche, du 12 nivose an 8, ne peut avoir d'autre force que celle d'une copie collationnée par cette administration, de l'acte d'appel prétendu signifié par le sieur Millot le 16 frimaire précédent; et l'on ne peut se dissimuler qu'une pareille copie ne peut pas former une preuve complète contre le sieur Millot lui-même, puisqu'elle a été faite hors de sa présence et sans qu'il y eût été appelé; mais on ne peut nier non plus qu'elle ne forme une grande présomption de l'existence de cet acte, surtout si l'on considère que les administrateurs du département de l'Ardèche, en la transcrivant dans leur arrêté, ont agi autant comme officiers publics que comme agens de la nation; qu'ils n'avaient alors,

Digitized by Google

même au nom de la nation, aucun intérêt de supposer un exploit qui n'eût pas existé; et qu'au contraire, ils devaient voir cet exploit de mauvais œil, puisqu'il venait croiser la marche qu'ils avaient précédemment adoptée par leur arrêté du 12 brumaire an 8.

» D'un autre côté, si l'extrait produit par le préfet, des registres du bureau de l'enregistrement de Vernoux, ne faisait pas pleine foi contre le sieur Millot, il en résultait du moins une présomption grave, que, le 16 frimaire an 8, le sieur Millot avait fait signifier au commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche, l'acte d'appel dont il s'agit.

» Sans doute, si c'était le sieur Millot qui vînt exciper de cet extrait, pour prouver qu'il a réellement appelé, le 16 frimaire an 8, du jugement du 12 frimaire an 7, on pourrait lui dire : — « Cet extrait fait bien présumer, il fait même présumer fortement que vous avez signifié un acte d'appel le 16 frimaire an 8; mais il ne prouve pas, il ne fait pas même présumer que cette signification ait été régulière; vous ne pouvez donc pas vous en aider; et vous êtes, à cet égard, dans la même cathégorie que la commune d'Ausonis, contre laquelle il a été jugé par la section civile, le 7 brumaire dernier, que le défaut de représentation d'un exploit portant signification d'un jugement en dernier ressort, ne peut pas, à l'effet d'opérer une fin de non-recevoir contre le recours en cassation, après les trois mois de sa date prétendue, être suppléé par un extrait des registres du bureau de l'enregistrement, qui constate que cet exploit a été enregistré le jour même où l'on prétend qu'il a été signifié; parceque, pour faire courir le délai de la cassation, il ne suffit pas de prouver que le jugement attaqué par cette voie a été signifié plus de trois mois auparavant, et qu'il faut encore établir que la signification en a été régulière et légale ».

» Mais ce n'est pas le sieur Millot qui excipe de l'extrait des registres du bureau de Vernoux; c'est, au contraire, le préfet du département de l'Ardèche qui l'oppose au sieur Millot; et il est bien sensible que le sieur Millot ne serait pas recevable à contester la forme d'une signification faite à sa propre requête : il est bien sensible que le préfet du département de l'Ardèche pourrait tenir cette signification pour régulière, quoiqu'elle ne le fût pas.

» Mais, dit le sieur Millot, l'extrait produit par le préfet, porte seulement que le 16 frimaire an 8, le receveur du bureau de Vernoux a enregistré un exploit de citation signifié à ma requête au commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche, et que pour cet enregistrement il a perçu un franc : cet extrait ne prouve donc pas que l'exploit dont il contient la mention, soit un acte d'appel; il prouve même le contraire, puisque, par le §. 5 de l'art. 68 de la loi du 22 frimaire an 7, les actes portant déclaration ou signification d'appel, sont sujets à un droit de dix francs.

» En voyant le sieur Millot raisonner ainsi sur l'extrait produit par le préfet, nous avons d'abord pensé que le sieur Millot avait joint à sa requête la copie qui lui en avait été délivrée en cause d'appel; mais bientôt nous avons été détrompés, et nous avons reconnu qu'il n'y avait dans tout son raisonnement que pure allégation et pas l'ombre de preuve.

» En supposant d'ailleurs que l'extrait fût conçu comme il le prétend, nous aurions encore à dire que, si le receveur du bureau de Vernoux n'a perçu que le droit d'un franc, c'est parcequ'il n'a fait attention qu'au n° 3o du §. 1er de l'art. 68 de la loi du 22 frimaire an 7; c'est parcequ'il n'a vu dans l'exploit qui lui était présenté, qu'une simple citation; c'est parcequ'il n'a pas porté ses regards jusqu'à la déclaration d'appel incident que contient cet exploit; que cette négligence de sa part ne peut pas infirmer la présomption résultante de l'enregistrement que cet exploit a subi; et qu'elle le peut d'autant moins, que le sieur Millot ne rapportant aucun autre exploit de citation signifié à sa requête le 16 frimaire an 8, au commissaire du gouvernement près l'administration de l'Ardèche, le préfet de ce département est par-là même autorisé à soutenir que l'exploit enregistré le 16 frimaire an 8, et l'exploit transcrit dans l'arrêté du 12 nivose suivant, ne sont qu'un seul et même exploit.

» Il reste donc que l'arrêté du 12 nivose an 8 et l'extrait d'enregistrement du 16 frimaire précédent, forment chacun une présomption grave de l'existence de l'exploit qu'ils relatent tous deux. — Or, deux présomptions graves réunies peuvent certainement former une preuve proprement dite; et on les considérait comme une preuve proprement dite, la cour d'appel de Nîmes n'a certainement contrevenu à aucune loi. — Nous ne pouvons donc pas adopter le premier moyen de cassation du demandeur.

» Pour second moyen, le demandeur vous dit que, d'après l'art. 6 de la loi du 17 juillet 1793 et le décret du 2 octobre suivant, le bail à fief du 7 octobre 1774 a dû être brûlé; qu'en effet, le brûlement de l'expédition qu'il en avait entre les mains, est constaté par un certificat du maire de la commune de Vernoux; que la loi, en lui arrachant son titre, en condamnant son titre au feu, a consolidé à jamais sa propriété et l'a rendue incommutable; qu'on ne peut plus attaquer un titre dont la destruction a été légalement consommée; qu'en vain la cour d'appel de Nîmes a-t-elle voulu distinguer entre un titre féodal qu'on voudrait faire exécuter, et un titre féodal dont on demande l'annullation; qu'on ne peut pas plus annuller un acte dont l'exécution ultérieure est défendue, qu'un acte qui a cessé d'exister; que vouloir annuller un acte qui n'existe plus, c'est vouloir l'impossible; et que, de même qu'on ne peut pas tuer deux fois le même individu, on ne peut pas détruire deux fois le même acte.

» Toute cette argumentation ne repose, comme

Digitized by Google

vous le voyez, messieurs, que sur une équivoque : une expédition du bail à fief du 7 octobre 1774 a été brûlée, en exécution de la loi du 17 juillet 1793 ; donc ce bail à fief est détruit. — Voilà comment raisonne le sieur Millot.

» Mais on a pu, en 1793, brûler une expédition du bail à fief, sans en brûler la minute ; et dans le fait, la minute en a été conservée. — Il y a plus : la conservation en a été expressément autorisée par la loi du 8 pluviose an 2. — Il y a plus encore, l'art. 1er de la loi du 11 messidor de la même année a formellement autorisé le notaire qui avait conservé cette minute, à en délivrer une expédition aux parties intéressées. — Le commissaire du gouvernement près l'administration du département de l'Ardèche a donc pu, après avoir découvert la minute du bail à fief, s'en faire remettre une expédition ; le préfet du même département a donc pu s'aider de cette expédition pour établir la nullité originaire de l'acte ; la cour d'appel de Nîmes n'a donc pas violé la loi du 17 juillet 1793, en déclarant cet acte nul.

» Eh ! à quelle anarchie, à quel bouleversement ne conduirait pas le système du demandeur ? Quoi ! un tuteur infidèle aurait, en 1788, aliéné moyennant un cens modique et sans formalités, tous les immeubles féodaux de son pupille ; et son pupille devenu aujourd'hui majeur, ne pourrait pas réclamer contre cette aliénation, sous prétexte que le bail à cens a dû être brûlé en 1793 ! — Quoi ! un ci-devant seigneur, trompé par les artifices d'un particulier, lui aura inféodé à vil prix en 1788 la totalité de son patrimoine ; et il n'aurait pas pu, dans les dix ans, revenir par l'action de dol contre l'homme qui l'a trompé ! — Quoi ! un fermier de droits féodaux aura joui paisiblement de son bail jusqu'en 1789, et l'on ne pourra pas aujourd'hui le contraindre à payer ses fermages non prescrits ! — Ce sont là, messieurs, les conséquences directes du second moyen de cassation du demandeur, et c'est assez dire que ce moyen ne mérite pas le moindre égard.

» Le troisième moyen n'est pas mieux fondé ; parlons plus juste, il n'est pas plus proposable que le précédent. — Le demandeur prétend que la cour d'appel de Nîmes a violé l'art. 1er de la loi du 18 avril 1791, qui, en interprétant l'art. 19 de celle du 9 juillet 1790, relatif aux baux emphyteotiques ou à vie de biens ci-devant ecclésiastiques, déclare *légitimement faits, les baux emphytéotiques qui ont été revêtus de lettres-patentes dûment enregistrées, ou qui ont été homologuées par arrêt ou jugement en dernier ressort sur les conclusions du ministère public.* — Mais d'abord, s'agit-il ici d'un bail emphytéotique ? Non, il s'agit d'un bail à fief ; et tout le monde sait qu'il y a une très grande différence entre l'un et l'autre acte. — Ensuite le bail à fief du 7 septembre 1774 a-t-il été revêtu de lettres-patentes ? Le demandeur convient que non. — A-t-il été homologué par arrêt ou jugement en dernier ressort ? Le demandeur prétend qu'oui ; mais c'est, de sa part, une véritable dérision. — Nous ne vous entretiendrons pas de la sentence de la sénéchaussée de Nîmes, que le demandeur allègue avoir été rendue entre lui et un commissaire à terrier le 24 avril 1781 ; si le demandeur produisait cette sentence, il nous serait facile de démontrer qu'elle n'a pas pu couvrir la nullité du bail à fief ; mais il ne la produit pas, et cela seul nous dispense de toute espèce de réflexion à cet égard. — Quant à l'arrêt du parlement de Toulouse du 28 janvier 1789, la lecture que M. le rapporteur vous en a donnée, vous a suffisamment convaincus qu'il n'homologue pas le bail à fief du 7 octobre 1774 ; qu'il maintient seulement par provision le sieur Millot dans la possession des objets compris dans cet acte ; et qu'il réserve à la nation, représentée alors par le séminaire de Viviers, tous les droits qu'elle peut avoir d'en faire prononcer la nullité. — Ainsi, sous tous les rapports, le troisième moyen du sieur Millot tombe de lui-même.

» Son quatrième moyen n'est ni plus spécieux ni plus concluant. — L'art. 2 de la loi du 18 avril 1791 porte, §. 4, que la nation exécutera, *quoique non revêtus des formalités* requises par l'art. 1, les baux emphytéotiques *dont les preneurs prouveront que par des constructions, plantations ou autres améliorations faites à leurs dépens, les biens ont acquis une valeur double de celle qu'ils avaient à l'époque du bail.* Et de là, le demandeur cherche à inférer que la cour d'appel, en ordonnant une nouvelle estimation de ses prétendues constructions, plantations et améliorations, a violé la loi qui l'obligeait, suivant lui, de s'attacher exclusivement aux estimations précédemment faites à d'autres fins.

» Mais 1°. La loi du 18 avril 1791 n'a pas déterminé le genre de preuve que le preneur serait tenu de faire, pour jouir de l'exception qu'elle établit ; il a donc été bien libre à la cour d'appel de Nîmes de regarder comme insuffisantes les estimations invoquées par le demandeur, et d'en ordonner une nouvelle.

» 2°. Nous conviendrons cependant avec le demandeur que la cour d'appel, en ordonnant l'estimation dont il s'agit, a violé la loi du 18 avril 1791 ; mais au préjudice de qui l'a-t-elle violée ? Ce n'est certainement pas au préjudice du demandeur ; et quelques développemens vont rendre cette vérité très palpable.

» L'art. 9 du tit. 1er de la loi du 14 mai 1790, concernant le mode de vente des biens récemment déclarés nationaux, avait décidé que « les *baux à ferme ou à loyer* desdits biens, qui avaient été faits légitimement, et qui auraient une date certaine et authentique, antérieure au 2 novembre 1789, seraient exécutés selon leur forme et teneur, sans que les acquereurs pussent expulser les fer-

Digitized by Google

miers, même sous l'offre des indemnités de droit et d'usage ».

» De cette disposition est née la question de savoir si elle comprenait les baux emphytéotiques et les baux à vie; et l'affirmative a été prononcée en ces termes, par l'art. 19 de la loi du 9 juillet suivant : — « Seront au surplus les baux emphytéotiques et les baux à vie censés compris dans la disposition de l'art. 9 du tit. 1er dudit décret; mais les baux emphyteotiques ne seront réputés avoir été faits légitimement, que lorsqu'ils auront été précédés et revêtus des formalités qui auraient été requises pour l'aliénation des biens que ces actes ont pour objet ». — De quels baux emphytéotiques a-t-on voulu parler dans cet article? des baux emphytéotiques perpétuels? La question décidée par cet article, leur était absolument étrangère : les biens aliénés à perpétuité, par bail emphytéotique, ne pouvaient plus être vendus comme domaines nationaux; il ne pouvait donc pas y avoir lieu d'examiner si, lorsqu'on les vendrait comme domaines nationaux, le preneur devrait jouir de son bail, comme un simple fermier, comme un simple locataire; le preneur devait, par la nature même de son titre, par la perpétuité qui en formait le caractère distinctif, être à l'abri de toute éviction; il devait être traité en tout point comme un acquereur par contrat de vente ou d'échange; et conséquemment, la seule condition requise pour qu'il fût maintenu irrévocablement dans sa possession, était que les formalités prescrites pour l'aliénation perpétuelle des biens ecclésiastiques par vente, échange ou Emphyteose, eussent été observées exactement. — Mais il n'en était pas de même des biens aliénés par bail emphytéotique temporaire : le bail emphytéotique temporaire n'avait operé qu'une alienation limitée du domaine utile; la propriété foncière était demeurée au clergé, et par conséquent faisait partie des biens ecclesiastiques dont la vente était décrétée au profit de la nation. La nation pouvait donc mettre en vente cette propriété foncière; mais la question était de savoir si elle devait se borner à mettre en vente cette propriété, avec la redevance réservée par le bail, et l'espérance ou plutôt le droit de la reunion future au domaine utile. La question était de savoir si, nonobstant la vente de la propriété foncière, la jouissance actuelle du domaine utile devait rester à l'emphytéote, si l'emphytéote devait achever paisiblement le temps de la possession que son bail lui avait acquise. — Et cette question, la seule qui pût s'élever en cette matière, a été décidée affirmativement par l'article cité de la loi du 9 juillet 1790. — C'est donc aux seuls baux emphytéotiques temporaires que cet article est applicable; et s'il ne restreint pas expressément sa disposition aux baux emphytéotiques temporaires, s'il parle indéfiniment des *baux emphytéotiques*, c'est que la nature même des choses voulait que sa disposition ne s'étendît pas jusqu'aux baux emphytéotiques perpetuels; c'est que les baux emphytéotiques perpétuels étaient aussi étrangers à sa disposition, que les aliénations par vente ou par échange.

» Cela posé, il est clair que c'est aussi des baux emphytéotiques temporaires que doit être entendu l'art. 1er de la loi du 18 avril 1791; car l'objet de cet article est uniquement d'expliquer l'art. 19 de la loi du 9 juillet 1790; et cet objet, il le remplit en disant que « les baux emphytéotiques légitimement faits, sont ceux qui auront été revêtus de lettres-patentes dûment enregistrées, ou qui ont été homologuées par arrêt ou jugement en dernier ressort sur les conclusions du ministère public ».

» Et si nous avions besoin d'une nouvelle preuve que cet article ne s'occupe que des baux emphyteotiques temporaires, nous la trouverions dans les art. 14 et 15 de la même loi.

» L'art. 14 déclare que « les rentes emphytéotiques ou à vie, appartenantes à la nation en vertu des actes maintenûs par les dispositions précédentes, *ensemble la nue propriété des biens qui en sont l'objet*, pourront être aliénés aux conditions et suivant les règles qui vont être expliquées »; — *ensemble la nue propriété des biens qui en sont l'objet!* la loi suppose donc que la nation a encore *la nue propriété* des biens transmis par les baux emphytéotiques dont elle parle : or, comment cette nue propriété pourrait-elle encore résider dans les mains de la nation, si les biens avaient été aliénés par des Emphytéoses perpétuelles? La chose serait évidemment impossible : les Emphyteoses perpétuelles n'entrent donc pas dans la disposition de la loi.

» L'art. 15 va lever tous les doutes, s'il peut encore en rester : « les experts estimeront quel doit être le revenu des biens compris au bail emphytéotique ou à vie. Lorsque le revenu fixé par les experts, excédera celui de la rente emphytéotique, le soumissionnaire sera tenu d'offrir, 1°. vingt-deux fois le revenu de la rente emphytéotique; 2°. le capital de l'excédant au même denier, mais eu égard à la non-jouissance que l'acquéreur éprouvera *jusqu'à l'expiration du bail*, le tout suivant les tables de proportion annexées au présent décret ». — Ces mots, *jusqu'à l'expiration du bail*, sont, comme vous le voyez, bien décisifs : ils prouvent manifestement que les baux emphytéotiques à temps sont les seuls qui soient dans la pensée du législateur. Cette preuve acquerra même encore à vos yeux un nouveau degré de lumière, si vous parcourez la table de proportion annexée à la loi, *pour servir* (y est-il dit) *à l'estimation des biens donnés à Emphytéose* : vous y verrez qu'il n'y est question que de déterminer la valeur actuelle des revenus *dont la jouissance est suspendue jusqu'à l'expiration d'un bail emphytéotique*.

» Comment donc le demandeur a-t-il pu invoquer l'art. 1er et le §. 4 de l'art. 2 de la loi du 18 avril 1791? Comment le préfet du département de l'Ardèche a-t-il pu convenir que ces dispositions lui seraient applicables, s'il pouvait avoir doublé, par ses améliorations, la valeur des biens litigieux? Comment la cour d'appel de Nimes a-t-elle pu le

Digitized by Google

préjuger ainsi, en ordonnant que les prétendues améliorations du demandeur seraient estimées par experts? — S'agit-il ici d'un bail emphytéotique à temps? Non. S'agit-il au moins d'un bail emphytéotique perpétuel? Pas davantage. Il s'agit d'une infeodation, et, encore une fois, tout le monde connaît les caractères distinctifs du contrat d'infeodation d'avec l'Emphytéose, même illimitée. — Le demandeur a donc appuyé sur une base absolument fausse, tout ce qu'il a dit de ses améliorations prétendues. Le préfet du département de l'Ardèche a donc mal défendu les intérêts de l'état en adoptant cette base, et en se bornant à en contester l'application. La cour d'appel de Nîmes a donc mal jugé en ordonnant une estimation qui, en définitive, ne pourra avoir aucun résultat, puisqu'il faudra bien qu'en définitive la cour d'appel de Nîmes reconnaisse son erreur.

» Et qu'on ne vienne pas nous opposer l'art. 5 de la loi du 18 avril 1791. Bien loin de favoriser le système du demandeur, cet article suffirait seul pour le renverser de fond en comble. — « Les dispositions de l'art. 1er (porte-t-il) et les 1re et 3e exceptions portées en l'art. 2, auront lieu, tant pour les contrats appelés *appensionnemens* ou *locatairies perpétuelles*, que pour les baux à rentes foncières ou perpétuelles ». — Sans doute on peut dire que les baux à fiefs ou infeodations moyennant des rentes perpétuelles, sont compris dans cet article sous le nom de *baux à rentes foncières;* car le *bail à rente* est une expression générique qui enveloppe dans sa signification, et le bail à fief, et le bail à cens, et le bail à rente non feodale ni censuelle. — Mais de là que s'ensuit-il? Précisément tout le contraire de ce que soutient le demandeur, tout le contraire de ce qu'a avoué le préfet de l'Ardèche, tout le contraire de ce qu'a préjugé la cour d'appel de Nîmes. Car, remarquons-le bien, l'art. 5 ne déclare communs aux baux à locataire perpétuelle et aux baux à rente foncière et perpétuelle, que l'art. 1er et les §. 1 et 3 de l'art. 2. — Ainsi, il en résulte bien que les baux à locataire perpétuelle, que les baux à rente foncière et perpétuelle des biens ecclésiastiques, doivent être maintenus, conformément à l'art. 1er, lorsqu'ils ont été, ou revêtus de lettres patentes, ou homologués par arrêt. — Il en résulte bien que les uns et les autres doivent être maintenus, conformément au §. 1 de l'art. 2, lorsqu'ils ont été faits depuis vingt ans par des ci-devant chapitres, corps ou communautés ecclésiastiques; ou depuis quarante ans, par de simples bénéficiers, et qu'ils n'ont excité aucune réclamation avant le 18 avril 1791. — Il en résulte bien que les uns et les autres doivent être maintenus, conformément au 3e. §. du même article, lorsque la redevance n'en excède pas 200 liv. — Mais il en résulte aussi qu'on ne peut étendre ni aux uns ni aux autres le §. 4 du même article, qui ordonne l'exécution des baux emphytéotiques dont les preneurs prouveront que, par des améliorations faites à leurs dépens, ils ont doublé la valeur des biens compris dans ces actes. — Il en résulte par conséquent que ni les uns ni les autres ne doivent être maintenus sous prétexte d'améliorations plus ou moins considérables, lorsque, faits depuis moins de vingt ou quarante ans, moyennant des redevances au-dessus de 200 liv., ils n'ont pas été revêtus de lettres-patentes ou homologués par arrêt.

» Et l'on conçoit très bien pourquoi le législateur n'a pas voulu étendre jusqu'aux baux à rente perpétuelle, l'exception qu'il avait accordée par le §. 4 de l'art. 2 aux baux emphytéotiques à temps: c'est parceque l'emphytéote temporaire qui, en améliorant le fonds, en avait doublé la valeur, devait le rendre à l'expiration de son bail; et que la nation devait retrouver dans ce doublement de valeur une ample indemnité de la lésion momentanée qu'elle éprouvait; au lieu que l'arrentataire perpétuel étant propriétaire incommutable, ses améliorations ne pouvaient jamais tourner au profit du domaine national.

» Repétons donc que le §. 4 de l'art. 2 de la loi du 18 avril 1791 ne peut recevoir aucune espèce d'application aux baux à fiefs perpétuels; et de là concluons que quand même la cour d'appel de Nîmes eût dû, dans le cas où il se fût agi d'une Emphytéose à temps, avoir égard aux estimations anciennes, desquelles le demandeur se prévalait, ce ne serait pas encore une raison pour admettre le recours du demandeur, puisqu'en ordonnant une estimation nouvelle, elle n'aurait fait que préjuger à son avantage une question qu'elle eût dû décider tout de suite contre lui. — Vous examinerez, messieurs, si, pour éclairer la cour d'appel de Nîmes sur le parti qu'elle doit prendre en définitive, il ne serait pas à propos de motiver sur cette considération le rejet du quatrième moyen de cassation du demandeur. Nous ne pouvons, à cet égard, que nous en rapporter à la sagesse de la cour, et nous hâter de passer au dernier moyen de la requête sur laquelle vous avez à statuer.

» Ce dernier moyen est fondé sur la seconde partie de l'art. 5 de la loi du 18 avril 1791, laquelle est ainsi conçue: « Quant aux baux à cens ou rente foncière de biens qui étaient rentrés dans les mains des possesseurs ecclésiastiques, et dont ils étaient tenus de les vider aux termes des lois, lesdits baux à rente foncière seront exécutés, pourvu neanmoins que les nouvelles redevances ne soient pas inférieures aux anciennes ».

» Pour bien entendre cette disposition, il faut la rapprocher des anciennes lois auxquelles elle se réfère.

» La première de ces lois est l'édit du mois d'août 1749. — L'art. 14 de cet édit fait défenses aux gens de main-morte *d'acquérir, recevoir ni posséder, A L'AVENIR, aucuns fonds de terre, maisons, droits réels, rentes foncières, même des rentes constituées sur particuliers*, si ce n'est en vertu de lettres-patentes enregistrées dans les cours

Digitized by Google

supérieures; — et l'art. 26 ajoute : « Dans tous les cas dans lesquels des biens de la qualité marquée par l'art. 14, pourraient échoir aux gens de main-morte, en vertu des droits acquis aux seigneuries à eux appartenantes, ils seront tenus de les mettre hors de leurs mains dans un an, à compter du jour que lesdits biens leur auront été dévolus; et faute de satisfaire à la présente disposition dans ledit temps, lesdits biens seront réunis à notre domaine ».

» L'art. 5 de la déclaration du 20 juillet 1762 confirme et étend ces dispositions : « Dans le cas (porte-t-il), où les gens de main-morte rentreraient (dans les biens par eux donnés à cens ou à rentes perpetuelles), *faute de paiement desdites rentes ou acquittemens des charges*, ils seront tenus d'en vider leurs mains dans l'an et jour, à compter de celui qu'ils en seront rentrés en possession; et ne pourront, en aliénant de nouveau lesdits biens, retenir sur iceux autres et plus grands droits que ceux auxquels lesdits biens étaient assujettis envers eux avant qu'ils y rentrassent; et sera la disposition du present article observée dans tous les cas où il aviendra des biens-fonds aux gens de main-morte, en vertu des droits attachés aux terres, justices et seigneuries qui leur appartiennent, et de tous autres droits généralement; et faute par lesdits gens de main-morte de mettre lesdits biens hors de leurs mains, dans l'an et jour, voulons que l'art. 26 de notre édit du mois d'août 1749 soit exécuté à cet égard; nous réservant néanmoins de proroger ledit terme, s'il y a lieu; ce qui ne pourra être fait que par lettres-patentes enregistrées dans nos cours »....

» Telles sont donc les dispositions en vertu desquelles les gens de main-morte étaient tenus, avant la loi du 18 avril 1791, de mettre hors de leurs mains les immeubles dont ils devenaient possesseurs. — Et dès-là, il est clair, que pour pouvoir appliquer à un bail à cens ou à rente de biens ecclesiastiques, fait depuis moins de 40 ans par un simple bénéficier, l'exception écrite dans la seconde partie de l'art. 5 de cette loi, il faut prouver qu'au moment où ce bail a été passé, le bénéficier était obligé, soit par l'édit de 1749, soit par la déclaration de 1762, de mettre hors de ses mains les fonds qui en étaient l'objet.

» Or, cette preuve, le demandeur l'a-t-il faite? La cour d'appel de Nîmes a jugé que nom. — Et qu'oppose le demandeur à son jugement? Deux allégations qu'il importe de bien distinguer. — Les fonds compris dans le bail à fief du 7 octobre 1774, avaient été arrentés dans les 15e et 16e siècles, par le prieur de Vernoux; et il est prouvé par plusieurs pièces, que le prieur de Vernoux y était rentré dans le 17e siècle. — Une partie des fonds compris dans ce même bail, avait été arrentée par le prieur de Vernoux le 2 août 1756; et il est prouvé par un acte du 3 janvier 1766, que le prieur de Vernoux y-était rentré à cette dernière époque.

» La 1re de ces deux propositions paraît n'avoir été ni contestée par le préfet du département de l'Ardèche, ni méconnue par la cour d'appel de Nîmes. — Mais quelle conséquence le demandeur peut-il en tirer? — Le prieur de Vernoux n'était, dans le 16e siècle, assujetti par aucune loi à mettre hors de ses mains les immeubles qui lui advenaient, soit par un droit attaché à sa seigneurie, soit à défaut de paiement des rentes moyennant lesquelles il les avait anciennement concédés. L'édit de 1749, en n'interdisant aux gens de main-morte que *pour l'avenir*, les acquisitions d'immeubles, de droits réels et de rentes sur particuliers, a évidemment légitimé toutes les acquisitions qu'ils avaient pu faire précédemment de ces sortes de biens. Le prieur de Vernoux pouvait donc en 1774, comme il avait pu jusqu'alors, conserver la possession des immeubles dans lesquels il était rentré avant l'édit de 1749; et dès qu'il le pouvait, il le devait nécessairement; dès qu'il était autorisé à retenir ces immeubles, il lui était nécessairement défendu de les aliéner sans formalités; dès qu'il était autorisé à les retenir, la seconde partie de l'art. 5 de la loi du 18 avril 1791 est nécessairement ici sans application.

» Quant à la seconde proposition du demandeur, nous ne voyons pas qu'elle ait été présentée à la cour d'appel de Nîmes : il n'en est pas dit un seul mot dans l'arrêt de cette cour, qui d'ailleurs rappelle avec beaucoup de détails tous les moyens employés par les parties; et ce serait déjà pour nous une grande raison de ne pas nous y arrêter.

» Mais au surplus, sur quoi le demandeur fonde-t-il cette assertion, qu'une partie du *Pré-long* avait été arrentée par le prieur de Vernoux en 1756, et que le prieur de Vernoux y était rentré dix ans après? Sur un chiffon *non timbré*, qu'il vous présente comme la copie collationnée d'une transaction passée à Vernoux, le 3 janvier 1766, entre le prieur du lieu et un sieur Badon, ci-devant châtelain de sa justice, et fermier de ses domaines.!— Assurément un écrit non timbré ne peut pas fixer vos regards, et cela seul nous dispenserait d'en examiner le contenu. — Examinons-le cependant, moins pour l'éclaircissement de la cause que pour l'honneur des principes.

» Il est dit dans cette transaction prétendue, que « les parties se sont désistées de l'utilité de l'acte reçu (par) Ardon, notaire, le 2 août 1756, par lequel feu Claude Huret, précédent prieur, abénévisa audit Me. Badon un fonds de *Pré-long* audit Vernoux, moyennant une géline de rente; en sorte que ledit Me. Badon, *qui n'a pas joui dudit fonds*, demeure déchargé, tant pour le passé que pour l'avenir, de la susdite rente ».

» Ainsi, ce n'est pas pour défaut de paiement de la rente, que le prieur de Vernoux résilie l'*abénévis* ou bail à cens accordé par son prédécesseur au châtelain Badon : c'est, au contraire, le châtelain Badon qui résilie cet acte, parcequ'il n'a pas joui du fonds qui lui avait été acensé; et pourquoi n'en avait-il pas joui? La prétendue tran-

Digitized by Google

saction n'en dit rien ; mais c'est sans doute parceque faute d'approbation de l'autorité supérieure, l'acensement n'avait reçu aucune exécution ; c'est sans doute parceque le fonds n'avait été acensé qu'en projet; et que dans la realité, il n'était jamais sorti du domaine du prieuré de Vernoux. — Donc le prieur de Vernoux ne pouvait pas en 1774 regarder ce fonds comme un bien dont l'edit de 1749 et la déclaration de 1762 l'obligeassent de vider ses mains ; donc ce fonds n'est point dans le cas prevu par la seconde partie de l'art. 5 de la loi du 18 avril 1791 ; donc la cour d'appel de Nimes n'aurait pas violé cette loi, quand même la prétendue transaction du 3 janvier 1766 aurait été produite devant elle.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur ».

Arrêt du 3 prairial an 13, au rapport de M. Génevois, par lequel, — « Attendu qu'aucune des ouvertures de cassation proposées contre l'arrêt ne sont fondées : — 1°. La cour d'appel a pu, sans contrevenir à l'ordonnance de 1667 ni à aucune loi, considérer comme un fait constant et prouvé d'après les circonstances particulières du procès, l'émission de l'appel du demandeur, lequel faisait rentrer l'administration dans son droit d'appeler ou de poursuivre l'instance sur l'appel qu'elle avait précédemment émis ; — 2°. l'acte de 1774, échappé au brûlement ordonné par la loi du 17 juillet 1793, pouvait être produit en justice sans contrevenir à cette loi, puisque par les lois postérieures des 8 pluviose an 2 et 11 messidor suivant, il fut statué que les titres féodaux dont le brûlement avait été ordonné, seraient déposés dans les greffes des municipalités ; et que les gardiens de ces dépôts furent autorisés à délivrer des copies de ces actes à ceux qui seraient dans le cas d'en faire usage ; — 3°. La cour d'appel loin d'avoir contrevenu à l'art. 1 de la loi du 18 avril 1791, s'y est au contraire exactement conformée, en refusant de maintenir un bail qui n'avait pas été passé avec les solennités exigées par cet article. L'arrêt du 28 janvier 1789 ne pouvait pas suppléer à ce défaut de solennités, puisqu'il ne contient pas une homologation du bail, et qu'il se borne à en ordonner une exécution provisoire pendant procès ; — 4°. La cour d'appel a pu, sans violer aucune loi, regarder comme ne formant pas une preuve suffisante, les anciennes estimations que le demandeur invoquait devant elle : il est vrai cependant qu'en ordonnant une nouvelle estimation et en préjugeant par-là que si le résultat était conforme à la prétention du demandeur, le §. 4 de l'art. 2 de la loi du 18 avril 1791 lui serait applicable, elle a fait une fausse application dudit §. et viole la première partie de l'art. 5 de la même loi, en ce qu'il s'agit au procès, non d'un bail emphyteotique temporaire, seule nature d'acte que cette loi designe par ces mots, *Baux emphyteotiques*, mais d'un bail à fief, espèce de bail à rente foncière, auquel, d'après la première partie de l'art. 5, ne sont applicables que les dispositions de l'art. 1 et des §. 1 et 3 de l'art 2 ; mais cette fausse application et cette contravention susceptibles, d'ailleurs, d'être reparées en définitive par la cour d'appel, ne peuvent être relevées, comme dans le fait, elle ne le sont pas, par le demandeur. Ainsi, il ne peut, quant à présent, y être pris aucun égard ; — 5°. Enfin, la cour d'appel a pu décider, sans violer aucune loi, et elle a effectivement décidé, en point de fait, que les immeubles inféodés au demandeur, étaient rentrés entre les mains des prieurs depuis plus d'un siècle, et par conséquent à une époque bien antérieure à la publication des lois de 1749 et de 1762, qui imposaient aux gens de main-morte l'obligation de se dessaisir dans *l'an et jour* des immeubles qu'ils auraient acquis ; et dès-lors, la cour d'appel a dû décider, comme elle a fait, que l'aliénation de ces immeubles n'a pu être faite valablement qu'avec les formalités indiquées par l'art. 1 de la loi du 18 avril 1791 ; d'où il suit que la prétendue violation de l'art 5 de la loi du 18 avril 1791 n'est fondée que sur une fausse application que le demandeur a faite de cette même loi, en en déduisant le motif de son dernier moyen ; — La cour, par ces motifs, rejette le pourvoi... ».

§. III. *Peut-on appliquer les diverses dispositions de l'art. 2 de la loi du 18 avril 1791, aux baux emphyteotiques qui ont été faits sans autorisation ni formalités par les administrateurs des hôpitaux ?*

Il existe sur cette question un avis du conseil d'état, du 24 janvier 1807, qui a été approuvé par l'Empereur, le 10 mars suivant, et dont voici les termes:

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par S. M., a entendu le rapport de la section de l'intérieur, sur celui du ministre de ce département, qui demande qu'il soit statué sur la question de savoir *si la loi du* (18) 27 avril 1791, *relative aux baux emphyteotiques et autres, faits par les corps, communautés et bénéficiers, et aux traités faits entre des ci-devant bénéficiers et des particuliers, est applicable à de pareils baux faits par les commissions administratives des hospices, et aux traités faits entre les administrateurs de ces établissemens et des particuliers ;*

» Est d'avis que la loi du 27 avril 1791 n'est applicable qu'aux baux des biens ci-devant ecclésiastiques, et aux traités faits entre des chapitres, corps, communautés ou bénéficiers supprimés, et des particuliers ; et ne peut, sous aucun rapport, être opposée à des hospices, qui n'ont jamais été classés parmi les établissemens ecclésiastiques ni traités comme tels ; — En conséquence qu'il y a eu fausse application de cette loi par le tribunal de Château-Thierry, à la demande en nullité d'un bail emphytéotique, intentée par la commission administrative de l'hospice de Neuilly-S.-Front, sur le fonde-

Digitized by Google

ment que le bail n'était revêtu d'aucune des solennités requises pour l'aliénation des gens de mainmorte;

« Mais attendu 1°. que l'objet de ce bail était d'une valeur très mince, puisque la redevance stipulée n'excède pas dix francs; 2°. que sa date remonte à quarante-sept ans; 3°. qu'il paraît avoir été passé de bonne foi; 4°. que les administrations qui se sont succédées jusqu'alors, n'avaient pas réclamé; et que ces motifs ont toujours été regardés comme des exceptions aux règles générales sur les formalités prescrites pour les baux à longues années des biens de gens de main-morte; — Est d'avis que la commission administrative de l'hospice de Neuilly-S.-Front doit souscrire au jugement du tribunal de Château-Thierry, en date du 9 nivose an 14, en ce qu'il a rejeté la demande en nullité du bail dont il s'agit; et que l'arrêté du conseil de préfecture du département de l'Aisne, du 15 juillet dernier, qui a refusé à cette commission l'autorisation d'en interjeter appel, doit être exécuté ».

§. IV. *Les emphytéotes de biens ci-devant ecclésiastiques qui n'ont pas représenté et fait parapher leurs baux dans le délai et selon le mode prescrits par l'art. 27 de la loi du 11—24 août 1790, en sont-ils déchus?*

J'ai établi la négative dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 240.

§. V. *Quels ont été, sur les Emphytéoses, les effets de la loi du 17 juillet 1793, portant abolition des rentes seigneuriales et maintien des rentes purement foncières?*

I. Il faut d'abord distinguer entre les Emphytéoses temporaires et les Emphytéoses perpétuelles.

Les Emphytéoses temporaires, même faites à charge de redevances qualifiées seigneuriales, n'ont reçu par cette loi aucune espèce d'atteinte, ni quant à elles-mêmes, ni quant aux redevances qui en forment le prix. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 210; et ci-après, n. 4.

II. A l'egard des Emphytéoses perpétuelles, il est également certain que la loi du 17 juillet 1793 ne les a pas abolies; mais sur la question de savoir si elle n'a pas supprimé les redevances qui en forment le prix, il y a une seconde distinction à faire.

Ou ces Emphytéoses équipollent à des baux à cens seigneurial; ou elles sont de véritables Emphytéoses, telles que les définit le droit romain; ou ce sont de simples baux à rente.

III. Au premier cas, les redevances sont supprimées. — Cette proposition, dont on trouvera les développemens et les preuves dans le plaidoyer du 10 février 1806, rapporté à l'article *Fief*, §. 7, est encore justifiée par un décret impérial dont voici l'espèce.

Le 28 septembre 1768, contrat notarié par lequel le directeur des finances du duc de Wirtemberg, prince de Montbelliard, cède et abandonne à bail emphytéotique au sieur Georgi, pour lui et ses descendans nés et à naître en légitime mariage, le domaine de la grange des Gouttes, à la charge de payer comptant une somme de 4,000 fr. pour deniers d'entrée, de servir annuellement un cens perpétuel et indivisible de 400 fr., d'acquitter une somme de 30 fr. pour *droit d'entrage* à chaque mutation, soit du seigneur direct, soit du censitaire; de payer chaque année la somme de 100 fr. pour la dîme des fonds acensés, laquelle lui est abandonnée par le même titre. — L'acte ajoute que s'il arrivait que l'emphytéote ou ses successeurs laissassent écouler deux années sans payer la redevance stipulée, la seigneurie pourra de plein droit, et sans être astreinte à aucune forme de procédure, les expulser de l'acensement, sans qu'ils puissent prétendre aucun dédommagement pour les améliorations qu'ils auront faites; que le censitaire entretiendra convenablement les bâtimens et construira ceux qu'il jugera nécessaires; qu'il cultivera les fonds en bon père de famille, à peine d'être déchu de l'Emphytéose ou acensement; enfin, qu'il ne pourra distraire, vendre ou aliéner aucune partie des fonds de l'acensement dont lui et ses successeurs jouiront indivisiblement, sans en avoir obtenu préalablement la permission du seigneur; que si cependant ils jugeaient à propos de se défaire de l'acensement, il leur sera libre de le vendre en bloc, *sauf le droit de retenue que la seigneurie se réserve.* — Après la réunion de la principauté de Montbelliard à la France, Jean-Georges Meisser, possesseur actuel du domaine de la grange des Gouttes, présente à l'administration centrale du département du Mont-Terrible (actuellement réuni au département du Haut-Rhin), une pétition par laquelle il demande que la disposition de l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1793 soit appliquée à la redevance stipulée par l'acte du 28 septembre 1768. — Le 13 thermidor an 5, arrêté de l'administration centrale du Mont-Terrible, qui, adoptant cette pétition, déclare la redevance abolie comme féodale. — L'administration de l'enregistrement et des domaines réclame contre cet arrêté. — Le 28 messidor an 13, décret par lequel l'Empereur. — « Considérant que la rente due par le sieur Jean-Georges Meisser au domaine, comme représentant le prince de Montbelliard, est établie par un titre constitutif de droits féodaux; et qu'elle est, comme telle, comprise dans l'avis du conseil du 30 pluviose an 11; — Le conseil d'état entendu, décrète: — L'arrêté de l'administration centrale du département du Mont-Terrible est confirmé ». — *V.* le n°. suivant.

IV. Dans le second et le troisième cas, c'est-à-dire lorsque, sous la dénomination de bail emphytéotique, il a été fait une véritable Emphytéose, telle que la définit le droit romain, ou un bail à rente purement foncière, la redevance doit être considérée comme maintenue par l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793.

Cette proposition et celles qui font la matière des

Digitized by Google

deux numéros précédens, sont consacrées par un avis du conseil d'état du 6 fructidor an 13, lequel est ainsi conçu :

» Le conseil d'état, sur le renvoi qui lui a été fait par S. M. I. et R., d'un projet de loi présenté par le ministre des finances, tendant à obliger au rachat des rentes stipulées par leurs titres, les détenteurs de biens situés dans les départemens du Haut et du Bas-Rhin, y compris le ci-devant pays de Porentrui, lorsqu'ils possèdent en vertu de titres dénommés *baux emphytéotiques, perpétuels ou héritables*, et *baux héréditaires* ; — vu l'avis du conseil, du 16 messidor an 9, approuvé par le gouvernement le 17 du même mois, ayant pour objet d'obtenir de nouveaux renseignemens sur la convenance, le mode et le taux du rachat ; — vu les renseignemens donnés par les préfets des départemens du Haut et du Bas-Rhin, et un mémoire produit par l'administration de l'enregistrement et des domaines, ensemble un grand nombre de titres constitutifs, soit de baux héréditaires, soit de baux emphytéotiques perpétuels ou héritables ; — considérant que par l'arrêté du 30 pluviose an 11, le gouvernement a manifesté la ferme volonté de maintenir dans toute leur étendue les lois qui ont prononcé l'abolition du régime féodal ; — Est d'avis que la propriété des fonds concédés dans les départemens du Haut et du Bas-Rhin à titre de baux héréditaires et de baux emphytéotiques perpétuels ou héritables, appartient aux débiteurs des rentes, à la charge par eux de remplir les conditions de leur bail, sans que cela puisse s'étendre aux baux emphytéotiques à temps limité; que quant aux rentes dues par lesdits détenteurs et autres, les lois et les avis du conseil d'état ont déterminé les cas où elles sont supprimées ou non sans indemnité, et que c'est aux tribunaux à en faire l'application; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de s'occuper du projet présenté. ... »

V. Mais à quels signes reconnaîtra-t-on si les rentes emphytéotiques sont ou ne sont pas, soit féodales, soit mélangées de féodalité, et si en conséquence elles sont abolies ou non ? *V.* l'arrêt du 10 février 1806, rapporté à l'article *Fief*, §. 7.

VI. Doit-on, relativement à la question de savoir si une redevance emphytéotique a été abolie ou maintenue par la loi du 17 juillet 1793, assimiler à une Emphytéose temporaire ou à vie, une Emphytéose stipulée perpétuelle, mais résoluble par l'extinction de la postérité du preneur ? *V.* dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 6, page 266, un plaidoyer dans lequel la négative est établie, et un arrêt de la cour de cassation du 12 nivose an 12, qui juge conformément à cette opinion.

VII. C'est à l'autorité administrative, et non pas au pouvoir judiciaire qu'il appartient de décider si les redevances stipulées par l'Emphytéose à terme d'un bien national que le gouvernement a aliéné, étaient supprimées, à l'époque de l'aliénation, par la loi du 17 juillet 1793, ou si elles subsistaient encore, et si en conséquence elles doivent être continuées au profit de l'acquéreur. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 210.

§. VI. *Comment se règle, entre les héritiers du preneur, la succession aux biens emphytéotiques ? Singularités remarquables sur cette matière dans la jurisprudence de quelques contrées. Ces singularités existent-elles encore dans celles de ces contrées qui sont réunies à la France ?*

« Je me tais sur tout cela, pour laisser parler un arrêt de la cour de cassation du 23 novembre 1807 :

« Le procureur général impérial expose qu'il a été rendu par la cour d'appel de Turin, le 11 thermidor an 13, un arrêt dont la loi ouvertement violée sollicite la cassation dans son intérêt.

» Le deuxième jour complémentaire an 11, est décédé à Bronni, arrondissement de Voguère, le nommé Sérénus Beltrami, laissant deux enfans mâles, Jean et Louis, et deux filles, savoir, Marguerite, épouse de Louis Arigoni, et Joséphine, épouse de Jean Erba.

» Dans sa succession se sont trouvés des biens qu'il avait tenus en Emphytéose ecclésiastique. Voici l'origine de sa possession.

» On voit, par un acte notarié du 2 janvier 1702, que Théodore Bigorre, titulaire de la chapelle de Saint-Jean l'évangéliste, fondée dans l'église paroissiale de Notre-Dame de Paire, avait obtenu de la cour de Rome l'autorisation de céder les biens de son bénéfice à titre d'Emphytéose, jusqu'à la troisième génération des preneurs : *facultatem et licentiam concedendi bona de quibus fit mentio in præcibus, ad tertiam generationem, pro annuo canone 24 librarum imperialium, cum obligatione eadem bona de proprio meliorandi, ac cum aliis pactis et conditionibus consuetis et ecclesiæ favorabilibus* ; — Qu'en conséquence de cette autorisation, le bénéficier Bigorre avait investi des biens dont il s'agit, *usque ad tertiam generationem*, le nommé Contard de Bagnolis, tant pour lui que pour ses fils, ses frères et ses cousins-germains paternels, tous vivans en commun avec lui : *Investivit Contardum Bagnolum, stipulantem et acceptantem tàm pro se quàm nomine ac ad partem et contilitatem Joannis-Baptistæ et Joannis-Mariæ ejus filiorum, nec non Caroli et Josephi ejus fratrum de Bagnolis, verùm etiam Jacobi, Petri-Joannis et Petri-Martyrii pariter de Bagnolis, filiorum quondàm Antonii dicti Contardi et fratrum Petri, omnium in communi viventium cum dicto Contardo.*

» La famille Baguolis ne possèda pas ces biens aussi long-temps que le lui promettait cet acte : elle les vendit environ quarante ans après à Barthélemi Beltrami ; et par suite de cette vente, le sieur Luca, chanoine et successeur du sieur Bigorre dans la chapelle de Saint-Jean l'évangéliste, accorda, le 24 décembre 1746, à Barthélemi Beltrami, l'investiture de ces mêmes biens.

» On ignore dans quels termes et à quelles conditions cette investiture fut accordée. Mais il existe

Digitized by Google

un acte notarié du 1er février 1747, par lequel le sieur Luca déclare, en la ratifiant, investir Barthélemi Beltrami, tant pour lui que pour Jacques-Philippe et Sérénus, ses fils, et pour ses héritiers et successeurs, jusqu'à la troisième générationi : *Investivit et investit Bartholomæum de Beltrami....., præsentem acceptantem ac se investiendum per sese, ac etiam ad utilitatem Jacobi Philippi et Sereni ejus filiorum, suisque heredibus et successoribus usque ad tertiam generationem, et non aliter.* — Le chanoine Luca ajoute qu'il ne fait, par cet acte, que renouveler la concession emphytéotique qui avait été faite des mêmes biens, le 2 janvier 1702, à la famille de Bagnolis.

» Jacques-Philippe et Sérénus Beltrami étaient, comme on vient de le voir, les premiers appelés à l'Emphytéose après Barthélemi Beltrami, leur père. L'acte ne dit pas si, à leur défaut ou à leur mort, l'Emphytéose sera transmissible à tous leurs enfans indistinctement. Il dit seulement qu'elle passera aux héritiers et successeurs de leur père Barthélemi.— Quoi qu'il en soit, il a été remarqué dans la contestation dont il sera parlé à l'instant, qu'à cette époque, Sérénus Beltrami avait une fille qui était née le 3 février 1737; et l'on a beaucoup argumenté de ce qu'elle n'était pas nommée dans l'acte d'investiture de Barthélemi, son aïeul.

» Soit que Jacques-Philippe Beltrami n'eût pas survécu à son père, soit qu'il fût depuis mort sans enfans, toujours est-il certain que l'Emphytéose se trouvait tout entière dans la main de Sérénus Beltrami, son frère, lorsque celui-ci est décédé, comme on l'a déjà dit, le 2e jour complémentaire an 11.

» Quel eût été le sort des biens qui la composaient, si, à cette époque, l'ancienne jurisprudence piémontaise eût encore été dans toute sa vigueur? C'est un point sur lequel il importe de se fixer, si l'on veut bien saisir le nœud de la difficulté qui s'est élevée entre les enfans mâles et les filles de Sérénus Beltrami.

» Les lois romaines distinguaient deux sortes d'Emphytéoses : l'Emphytéose laïcale et l'Emphytéose ecclésiastique. La première se définit assez d'elle-même; et l'on qualifiait d'Emphytéose ecclésiastique celle qui avait pour objet des biens d'église, quelle que fût d'ailleurs la qualité on la profession, soit des bailleurs, soit des preneurs : *An sæcularis, an ecclesiasticadicenda sit, non ex accipientium vel dantium personâ, sed ex solâ rei datæ conditione æstimandum est*, dit Voët, sur le Digeste, titre *si ager vectigalis*, n. 9.

» Par le chap. 3 de la novelle 7, l'empereur Justinien avait réglé que les biens ecclésiastiques ne pourraient être donnés en Emphytéose que pour le preneur et deux de ses héritiers successivement, pourvu qu'ils fussent ou ses fils ou ses filles, ou ses petits-enfans de l'un ou de l'autre sexe; il avait cependant permis d'y appeler aussi l'époux du preneur; mais il avait expressément défendu d'en stipuler la transmission à tout autre héritier; en sorte qu'à défaut ou des fils et des filles, ou des petits-fils ou petites-filles, ou de l'époux du concessionnaire primitif, l'Emphytéose devait retourner à l'église. *Emphyteusim autem, sive in sanctissimâ majore ecclesiâ, sive in omnibus reliquis adoraudis domibus fieri sinimus, et in accipientis personâ et in duobus ejusdem personæ heredibus deinceps, filiis tantùm solis masculis aut fœmininis, aut nepotibus utriusque naturæ, aut uxore, aut viro, si hoc videlicet de uxore aut viro expressim nominatur, alioqui non transire ad aliquem alterum heredem; sed usquè ad solam vitam percipientium standum, nisi filios aut nepotes habuerint. Aliter enim penitùs Emphyteusim agi ecclesiæ cujusdam aut ptochii rei immobilis, aut mancipii rustici, et civilis annonæ, nullo pernittimus modo; neque quod fit, habere aliquod penitùs robur sinimus.*

» Quelques années après, Justinien trouva à propos de donner plus de latitude à ces sortes de concessions. Par le chap. 6 de la novelle 120, il permit à toutes les églises, celles de Constantinople exceptées, de conceder en Emphytéose perpetuelle, moyennant certaines formalités, les biens dont elles ne pourraient pas tirer un parti avantageux en les conservant : *Licentiam igitur damus prædictis venerabilibus domibus, non solùm ad tempus Emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed et perpetuè hæc emphyteuticojure volentibus dari.*

» D'après cette loi, les Emphytéoses ecclesiastiques perpétuelles devinrent, à l'instar des Emphytéoses laïcales, transmissibles aux héritiers étrangers comme aux héritiers de la famille des preneurs originaires : *Sic ut ad cujuscumque gradus heredes, sive cognatos, sive extraneos devolvitur*, dit encore Voët à l'endroit déjà cité.

» Mais les Emphytéoses ecclésiastiques temporaires, qui exigeaient moins de formalités, demeurèrent soumises à la novelle 7; et, par conséquent, il n'y eut que les fils et les filles, les petits-fils et les petites-filles, et les époux des preneurs, qui pussent y être appelés par les actes primordiaux d'investiture.

» Telle était sur cette matière toute l'économie du droit romain dans son dernier état; et l'on voit clairement qu'il n'y avait, quant à la succession aux biens emphyteotiques, dans les cas où elle pouvait avoir lieu, aucune différence entre les enfans mâles et les filles.

» Mais ce que n'avait pas voulu l'empereur Justinien, l'usage l'introduisit dans un grand nombre de contrées, notamment dans la ci-devant Savoie et en Italie. On y tint pour règle que, hors le cas d'une vocation expresse, l'Emphytéose ecclésiastique, soit perpétuelle, soit temporaire, ne se transmettait ni aux femmes ni aux héritiers étrangers : *Neque in fœminas transire solet, neque in extraneos heredes*, dit le présidnt Favre, en son Code, liv. 4, tit. 43, def. 75, n. 7.— De là l'exclusion des filles, tant qu'il restait des mâles, lors même que l'investiture avait été accordée au preneur pour

Digitized by Google

ses descendans et successeurs sans distinction : *Emphyteusis alicui concessa pro se et filiis dividenda est inter omnes liberos, non tantùm masculos, sed etiam fœminas, nisi fœminæ speciatim exclusæ appareant ; vel NISI ECCLESIASTICA SIT, cùm hæc in fœminas non transeat, nisi generatim pro descendentibus et successoribus concessa sit, atque deficiant masculi.* Ainsi s'exprime Richeri, dans son Recueil d'arrêts du sénat de Turin, tome 4, page 99; et telle était, suivant le même auteur, la jurisprudence constante de cette cour, ainsi que le prouvent notamment deux de ses arrêts, l'un du 25 août 1642, l'autre du 11 septembre 1770.

» Au surplus, pour succéder à l'Emphytéose, il n'était pas nécessaire d'être héritier du dernier possesseur. Quoique exclus de la succession de celui-ci, soit pas exhérédation, soit par répudiation, ils venaient à l'Emphytéose comme à un fidéicommis; et les enfans étaient censés la tenir non de leur père, mais de la volonté du bailleur. *Neque necessaria est hereditaria qualitas* (dit encore Richeri), *sed Emphyteusim habent filii, licet à patre heredes instituti non fuerint, vel paternam hereditatem repudiaverint; neutrum consequuntur filii ex patris, sed ex concedentis voluntate; aque Emphyteusis res planè distincta est à parentum hereditate, prout obtinet in fideicommisso.*

» Ces notions posées, venons à la contestation qui s'est élevée entre les enfans mâles et les filles de Sérénus Beltrami.

» Celles-ci, après une tentative de conciliation qui n'a eu aucun effet, ont assigné leurs frères devant le tribunal civil de l'arrondissement de Voguère, pour voir dire que les biens emphytéotiques qui se trouvaient dans la succession de leur père commun, seraient partagés entr'elles et eux par portions égales; et, à l'appui de cette demande, elles ont soutenu, 1°. qu'elles étaient appelées par l'acte d'investiture du 1er février 1747, sous les termes génériques, *suisque heredibus et successoribus*; 2°. qu'en supposant qu'elles n'eussent pas été comprises dans la vocation, et qu'elles eussent dû être exclues si la succession de leur père se fût ouverte sous l'ancienne jurisprudence, elles n'en avaient pas moins droit à un partage égal, leur père étant mort sous l'empire du Code Napoléon, qui, d'une part, met en principe, art. 732, que *la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession*; et de l'autre veut, art. 745, que *les enfans ou leurs descendans succèdent à leurs père et mère, aïeux, aïeules ou autres ascendans, sans distinction de sexe ni de primogéniture.*

» Jean et Louis Beltrami ont combattu chacune de ces deux propositions; et le tribunal civil de Voguère, adoptant leur système sur l'un et l'autre point, a, par jugement du 14 brumaire an 13, déboute les sœurs Beltrami de leur demande.

» Sur l'appel porte devant la cour de Turin, le ministère public « a observé (ce sont les termes de l'arrêt dont il sera tout à l'heure question) qu'il ne résulte aucunement de l'acte d'investiture du 1er février 1747, que les enfans mâles étaient les seuls successibles à l'Emphytéose dont il s'agit; qu'ainsi, le droit exclusif réclamé par les frères Beltrami, ne saurait avoir d'autre base qu'une maxime de jurisprudence portant que la succession à l'Emphytéose des biens ecclésiastiques, devait être régie selon le mode des successions féodales, d'où les femmes étaient toujours éloignées; mais que cette maxime, en l'état, ne pouvait nullement les favoriser, dès que l'ancien ordre de succession, relativement aux fiefs, a été anéanti par les dispositions du nouveau Code; que d'ailleurs les frères Beltrami ne sauraient implorer, dans l'espèce, la faveur d'un droit acquis par suite de la stipulation; car, s'agissant de contrat, le droit n'en est valablement acquis que lorsque, stipulé entre les parties intéressées, il a reçu une application individuelle; que le droit des frères Beltrami n'était, par conséquent, pendant la vie de leur père, qu'une simple expectative que la loi a frustrée; que le père étant mort après la publication des lois nouvelles, n'a pu transmettre sa succession aux enfans, que telle qu'elle était restée entre ses mains, savoir, exempte de toute charge de restitution; que sans considérer ni la nature ni l'origine des biens, les frères et les sœurs sont également appelés à succéder à l'héritage de leur père commun, lorsqu'il n'y a point de disposition particulière sur la quotité disponible; que l'hérédité est un nom collectif sous l'acception duquel on entend moins les *choses* que les *droits*; que les droits on actions, quels qu'ils puissent être, sont sujets à être partagés entre les cohéritiers ».— Et d'après ces observations, le ministère public a conclu à la réformation du jugement du tribunal civil de Voguère.

» La cour d'appel de Turin a pensé tout autrement; et voici comment elle a raisonné.

» Elle a d'abord considéré « que comme il s'agit, dans l'espèce, d'une Emphytéose établie sur des biens faisant partie de la dot d'un bénéfice ecclésiastique, il n'est point douteux qu'une telle Emphytéose ne soit ecclésiastique; les parties elles-mêmes étant d'accord à cet égard; — qu'il est de la nature de l'Emphytéose ecclésiastique, qu'elle ne passe pas aux descendans seuls, lors même que l'acte présente la clause *pro se et heredibus suis*; que ce principe puisé dans le droit commun consigné dans la novelle 7 de Justinien, chap. 3, a été plus encore développé par différens préjugés du sénat de Piemont, notamment par les arrêts du 5 mars 1655, au procès entre les religieux de la Chartreuse et les nommés de Broerils, au rapport du sénateur Leone, et du 28 février 1735, au procès de Bordoni et Rioletto, Laurenti rapporteur; que c'est la première différence entre l'Emphytéose ecclésiastique et l'Emphytéose laïque; — Que la qualité seule de descendant du premier investi ne suffit pas même pour qu'on puisse établir à son profit la vocation à une Emphytéose ecclésiastique; mais que la qualité de mâle agnat y est encore nécessaire;

Digitized by Google

car d'après la doctrine de Luca, dans son Discours 61 *de Emphyteusi*, on a adopté chez nous la maxime que l'emphytéote ecclesiastique ne passe pas aux femelles ni aux mâles issus d'elles; maxime attestée, soit par le président Favre, def. 75, tit. 43, liv. 4 de son Code, soit par l'arrêt du sénat, rendu le 22 décembre 1739, au procès *de Advocatis*, au rapport du sénateur Blavet, dans les motifs duquel arrêt, après avoir été déclaré que d'après l'interprétation adoptée par les tribunaux supérieurs du Piemont, *appellatione filiorum sive descendentium masculorum masculi ex fœminis comprehendentur*, il se trouve immédiatement une exception à cette règle dans les termes ci-après : *nisi de feudis rectis aut Emphyteusi ecclesiasticâ tractetur, quorum propria natura ac conditio illa est, ut neque ad fœminas neque ad masculos ex iis descendentes pervenire unquàm possit;* — que c'est par ces autorités que la jurisprudence piemontaise a été fixée sur un point qui pourrait paraître douteux aux termes du droit commun, notamment de la novelle 7, laquelle cependant, sans établir en principe général que l'Emphytéose ecclesiastique passe aux femelles, paraît seulement accorder la faculté de les y appeler par un pacte exprès; — Que dans l'espèce, le titre originaire de l'Emphytéose dont il s'agit, est l'acte du 2 janvier 1702, auquel celui du 1er février 1747, ou, pour mieux dire, du 24 décembre 1746, se réfère, ainsi qu'il est démontré à l'évidence par la clause y apposée : *Non novam investituram faciendo, sed veterem renovando;* — Que dans ledit acte de 1702, il n'existe aucune clause dans laquelle les femelles soient expressément comprises; qu'au contraire, il résulte du même acte que l'investiture des biens emphytéotiques dont il est question, n'a été accordée aux individus y dénommés, qu'aux termes de la permission de la cour de Rome, c'est-à-dire, *usque ad tertiam generationem*, expressions qui fixent, d'après l'usage, la durée de l'Emphytéose, et *cum pactis et conditionibus consuetis*, par lesquels mots on a marqué sans doute l'exclusion des femelles, l'une des conditions accoutumées dans l'Emphyteose ecclesiastique, étant précisément celle que les femelles n'y soient pas appelees; — Que le titre de 1702 etant celui qui doit régler la vocation à l'Emphyteose dont il s'agit, les clauses plus amples insérées dans l'acte du 24 décembre 1746, ne méritent aucun égard; que par consequent on ne peut faire cas de la clause *pro heredibus et successoribus*, pour en inférer la vocation des femelles; ou du moins cette clause, pour concilier l'investiture postérieure avec l'antérieure, doit être, par une interprétation restrictive, entendue des seuls descendans mâles; — Qu'au surplus, dans l'hypothèse même qu'une pareille clause eût été valablement apposée à l'investiture dont il s'agit, pour y comprendre les femelles, elles ne seraient appelées en vertu de cette clause qu'à défaut de mâles; telle étant l'interprétation qui lui a été donnée par l'arrêt que le sénat a rendu au procès entre les jésuites et Ponte, le 25 août 1642, au rapport du sénateur Abecclesia.

» Après avoir ainsi établi que, soit que l'on consultât les stipulations de l'investiture, soit que l'on s'attachât aux maximes de l'ancienne jurisprudence piémontaise, les sœurs Beltrami devaient être exclues par leurs frères des biens emphytéotiques qui étaient en litige, la cour d'appel de Turin a examiné si les dispositions du Code Napoléon, sous l'empire duquel était mort le dernier possesseur de ces biens, pouvaient changer quelque chose à cette détermination.

» Et à cet égard, elle a considéré « qu'en thèse générale, lorsqu'il s'agit de biens provenans de l'acquisition qu'un ascendant commun des parties a faite en vertu d'un contrat qui a été, sous certaines conditions et modifications, légalement stipulé avec un tiers, ce sont les lois particulières de ce contrat auxquelles il faut s'en tenir dans la décision de toutes les contestations qui y prennent leur source, et conséquemment dans le cas aussi où il s'élève entre les descendans des premiers acquéreurs, des questions sur la transmission des biens; — Que dans l'espèce, où les lois du contrat ont trait, entr'autres choses, à la qualité des personnes appelées à la jouissance des biens, ce serait les violer ouvertement dans une chose très essentielle, telle que l'ordre de vocation, que de ne pas en exclure les femelles descendantes du premier investi, nonobstant que celui qui a établi l'Emphytéose, n'ait pas voulu les admettre à en recueillir les biens; qu'on ne peut créer une nouvelle classe d'emphytéotes, contre l'intention de celui qui a fait le bail emhytéotique; — Que ces bases posées, il n'y a lieu à appliquer à l'espèce ni l'art. 732 ni l'art. 745 du Code civil; que ces lois, relatives à la matière des successions, sont étrangères au cas particulier dont il s'agit; car les frères Beltrami n'acquièrent pas l'Emphytéose en question, en qualité d'héritiers légitimes de leur père, qualité qui certes ne leur attribuerait pas le droit d'y succéder exclusivement à leurs sœurs; mais ils y viennent comme seuls appelés en vertu du titre constitutif de l'Emphytéose, par conséquent *ex pacto et providentiâ*. Cela est si vrai que, d'après l'ancienne législation du Piémont, ils n'auraient pu, s'ils avaient été simples légitimaires, être obligés d'imputer lesdits biens emphytéotiques sur leur légitime; et d'après même les dispositions du Code civil, à l'art. 843, ils ne seraient pas tenus au rapport, lequel, aux termes dudit article, n'a lieu que relativement à tout ce qu'un héritier a reçu du défunt. Dans l'espèce, les sieurs Beltrami ne reçurent pas les biens dont il s'agit du défunt; mais, dans le vrai sens légal du terme, ils les ont reçus, à leur tour, de la main du titulaire du bénéfice qui a établi l'Emphytéose. Il est bien vrai que l'ouverture à la vocation n'a eu lieu à leur profit qu'après le décès du père; mais autre chose est un droit de succession, autre chose est une simple transmission de biens qui s'opère *per remotionem obstaculi*,

Digitized by Google

dès-lors que celui qui précédait dans l'ordre de vocation, a cessé d'exister. C'est sous ce dernier point de vue qu'il faut, dans l'espèce, envisager la succession des frères Beltrami aux biens en question ; — Qu'il est inutile d'opposer aux observations qu'on vient de faire, l'exemple des liens de primogéniture, de fidéicommis et de fief, liens qui ont été, avant la promulgation du Code civil, supprimés par des lois particulières, d'où il s'ensuit nécessairement que les liens qui y avaient été anciennement assujettis, doivent suivre les lois des successions en général ; mais aucune loi particulière n'a jusqu'à présent supprimé les lieus d'Emphytéose ; et ce serait sans doute faire violence aux termes des lois susdites, qui ne portent que sur les liens de primogéniture, de fidéicommis et de fief, que d'en étendre la disposition à des biens d'une nature différeute, tels que les biens emphytéotiques, dont la qualité dérive d'un contrat qui est une espèce de louage ; par cette raison, il a été décidé par un arrêt de la cour de cassation du 29 thermidor an 10, que les lois du 17 juillet et 2 octobre 1793, 7 ventose et 9 floréal an 2, suppressives des droits féodaux, n'étaient pas applicables aux redevances dues en vertu de bail emphytéotique ; — Que si l'abolition des liens est tirée de l'art. 735 du Code civil, cet article reçoit son application à des biens d'une nature autre que celle des biens emphytéotiques dont il s'agit, qui, d'après la remarque précédente, ne doivent pas être compris dans la disposition dudit article ».

» Et d'après toutes ces considérations, la cour d'appel de Turin, réformant dans un chef dont il n'est pas ici question, le jugement du tribunal civil de Voguere, a, par arrêt du 11 thermidor an 13, débouté les sœurs Beltrami de leur demande en partage des biens emphytéotiques.

» Qu'elle ait bien jugé en décidant, par la première série de ses motifs, que les sœurs Beltrami n'auraient eu aucun droit à ces biens, si leur père fût mort sous l'empire de l'ancienne jurisprudence du Piémont, c'est ce qui ne paraît ni douteux, ni susceptible d'examen devant la cour de cassation.

» Mais qu'elle ait jugé que l'ancienne jurisprudence du Piémont sur cette matière, n'était pas abrogée à l'époque du decès de Sérenus Beltrami, et que les lois nouvelles n'assuraient pas aux filles de celui-ci une part égale dans les biens qu'il avait possédés en Emphytéose ; c'est ce qui ne se conçoit pas.

» L'art. 732 du Code Napoléon ne lui permettait d'avoir égard ni à *la nature* ni à l'*origine* de ces biens, *pour en régler la succession* ; elle ne pouvait donc pas exclure les sœurs Beltrami du partage de ces biens, sous le prétexte qu'ils provenaient d'une Emphytéose ecclésiastique.

» Et vainement a-t-elle dit que ce n'était point par droit de succession, que ces biens devaient être déférés aux descendans de Sérénus Beltrami ; qu'ils ne devaient l'être que *jure contractûs* ; et que les termes du contrat du 1er février 1747, entendus dans le sens fixé par la jurisprudence des arrêts, n'appelaient que les descendans mâles.

» De deux choses l'une : ou de la clause de ce contrat qui appelait les descendans mâles de Sérénus Beltrami, il était résulté un fidéicommis en vertu duquel Sérénus Beltrami et chacun de ses successeurs était tenu de conserver les biens emphytéotiques dans la famille jusqu'à la troisième génération, sans pouvoir les aliéner ni en disposer ; ou cette clause avait laissé à Sérénus Beltrami et à chacun de ceux qui devaient lui succéder dans ces biens, la faculté de les vendre, de les donner, d'en faire telle disposition qu'il jugerait à propos, sauf le droit du bailleur d'y rentrer, soit à titre de prélation, soit à titre de commise, soit simplement à l'expiration de l'Emphytéose.

» Au premier cas, l'effet de cette clause a cessé du moment que les fidéicommis ont été abolis en Piemont ; et l'on sait qu'ils l'ont été par la loi de la *consulta* piémontaise du 6 fructidor an 8 : — « Considérant (porte cette loi), qu'il est de l'essence d'un gouvernement libre de rappeler les biens à la liberté du commerce, et de lever les obstacles à la répartition de ces biens entre les citoyens de la manière la plus égale possible..., Décrète : 1°. les liens de fidéicommis et de primogéniture sont dissous ». — Il est vrai que par l'art. 2 de la même loi, il a été sursis, jusqu'à ce qu'il y eût été pourvu par une loi ultérieure, à la faculté d'aliener et d'hypothéquer les biens alors fidéicommis. Mais ce sursis a été levé dès le 9 nivose an 9, par une loi de la *commission exécutive*, qui n'a laissé subsister la prohibition d'aliéner qu'en faveur de ceux qui étaient appelés immédiatement après les possesseurs actuels, et lors seulement que ceux-ci n'auraient pas d'enfans.

» Au second cas, l'effet de la clause dont il s'agit, a été neutralisé par le Code Napoléon ; et c'est une vérité facile à saisir.

» Le Code Napoléon ne permet d'intervenir l'ordre des successions que par des testamens, par des donations entre-vifs, et par des institutions contractuelles en faveur des personnes qui se marient ou de leurs enfans à naître. — A ces exceptions près, il rejette tout pacte, toute stipulation, dont l'objet serait de donner à un homme un autre successeur que celui qui est désigné par la loi. — « On ne peut (dit-il, art. 1130), renoncer à une succession non ouverte, *ni faire aucune stipulation sur une pareille succession*, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ». — Et il tient tellement à ce principe, il le regarde comme tellement sacré, qu'il y assujettit même les contrats de mariage : les futurs époux, dit-il, art. 1389, « ne peuvent faire aucune convention dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfans ou descendans, soit par rapport à leurs enfans entr'eux ».

» Ainsi vainement aujourd'hui une femme, en se mariant, stipulerait-elle, comme on le faisait au-

Digitized by Google

trefois, que telle somme d'argent qui compose son apport, demeurera *propre aux siens de son côté et ligne* : une telle stipulation n'aurait plus d'autre effet que d'exclure cette somme de la communauté; et elle n'empêcherait pas, comme autrefois, le mari qui viendrait à la succession de son enfant décédé après son épouse, de retenir cette somme comme héritier de cet enfant, privativement aux collatéraux à qui l'ancience jurisprudence la déférait.

» Ainsi, et à plus forte raison, vainement aujourd'hui l'acquéreur d'un immeuble, soit à titre de donation, soit à titre d'achat, prendrait-il envers son donateur ou son vendeur, l'engagement de le transmettre à ses enfans mâles, privativement à ses filles : un tel engagement ne conférerait à ses enfans mâles aucune espèce de droit.

» Comment donc pourrait-on encore aujourd'hui donner quelque effet à la clause du contrat d'Emphyteose du 1er février 1747, qui appelle les descendans mâles de Sérénus Beltrami à l'exclusion de ses descendantes? Serait-ce parceque ce contrat est antérieur au Code Napoléon? serait-ce parce-qu'à l'époque où il a été fait, il n'y avait rien dans cette clause, qui blessât les lois piémontaises sur l'ordre de succéder?

» Sans doute, cette circonstance serait décisive pour l'opinion qu'a embrassée la cour d'appel de Turin, si les descendans mâles de Sérénus Beltrami avaient été parties dans le contrat du 1er février 1747, et y avaient stipulé personnellement : on dirait alors qu'ils ont acquis, par ce contrat, un droit irrévocable à la possession exclusive des biens emphytéotiques; et le Code Napoleon n'aurait ni pu ni voulu les dépouiller de ce droit.

» Mais ni les descendans mâles de Sérénus Beltrami, ni Sérénus Beltrami lui-même n'ont été parties dans ce contrat : ce contrat n'a été passé qu'entre le chanoine Luca et Barthélemi Beltrami, père de Sérénus; il n'a donc pas douné plus de droits à Sérénus Beltrami et à ses descendans mâles, que n'en a donné aux parens collatéraux d'une femme mariée sous l'empire des anciennes lois, la clause par laquelle, en se mariant, celle-ci stipulé une somme d'argent propre aux siens de son côte et ligne; — et de même que, nonobstant cette clause, la somme ainsi stipulée propre, serait, dans une succession qui s'ouvrirait aujourd'hui, déférée à l'héritier désigné par le Code Napoléon, — de même aussi c'est aux filles comme aux enfans mâles de Sérénus Beltrami, décédé depuis la promulgation du Code Napoléon, que doivent appartenir les biens concédés en Emphytéose à leur aieul commun.

» Autant, en effet, il est évident que le Code Napoléon respecte et maintient les droits acqnis avant sa promulgation, autant il est clair que les simples expectatives, les simples espérances, qui existaient avant sa promulgation, ont cesse et se sont anéanties à l'instant même où, par sa promulgation, il est devenu la loi commune, la règle uniforme de tous les droits à acquérir par la suite; et, encore une fois, les descendans mâles de Sérénus Beltrami n'avaient point de droit acquis aux biens emphytéotiques de leur père avant sa mort, ou, ce qui est la même chose, avant la promulgation du Code Napoléon.

» Mais, a dit la cour d'appel de Turin, ce serait violer le contrat d'Emphytéose au préjudice du bailleur ou de ceux qui le représentent, que d'admettre à prendre part aux biens emphytéotiques une classe de descendans du premier emphytéote qu'il a voulu en exclure.

» Et quel préjudice lui causerait-on par-là? La cour d'appel de Turin ne s'explique point là-dessus; mais il est facile de pénétrer sa pensée. — La jurisprudence piémontaise, enchérissant sur le chap. 3 de la novelle 7 de Justinien, qui avait limité la durée des Emphytéoses ecclésiastiques à trois degrés, composés chacun d'une seule personne, interprétait les trois générations auxquelles était accordée une Emphytéose ecclésiastique, en ce sens, que, pour que le bien emphytéotique retourvât au bailleur, il fallait attendre la mort du dernier rejeton de toutes les branches de la troisième génération du preneur. *Generatio* (dit Richeri dans le recueil déjà cité, tom. 4, pag. 99) *filios omnes complectitur; adeòque si primus Emphyteusis acquisitor tres filios habuerit, ad quos bona emphyteutica in viriles portiones pervenerint, Emphyteusis licet in unâ lined tertiam generationem compleverit, nontamen ad directum dominum fundus revertitur, donec in cæteris quoque generantis lineis tertius gradus completus sit, ad quos transit, id est, de lineâ in lineam; datâ utique prælatione illis qui sunt in lineâ ingressâ*; doctrine que l'auteur cité confirme par deux arrêts du sénat de Piémont, des 11 septembre 1570 et 13 juin 1577. — La cour d'appel de Turin a donc voulu dire, en parlant du prejudice que causerait au bailleur l'admission des filles de Sérénus Beltrami au partage des biens emphytéotiques, que de cette admission il résulterait la possibilité que l'Emphytéose se prolongeât beaucoup au-delà de l'intention du bailleur, puisqu'elle ne prendrait fin qu'à l'extinction, non seulement des enfans de Jean et de Louis Beltrami, mais encore des enfans de chacune de leurs sœurs, lesquels formeront, comme les enfans de Jean et Louis Beltrami eux-mêmes, la troisième génération de l'emphytéote primitif.

» Il est cependant aisé de sentir que telle ne serait pas la conséquence de l'admission des sœurs Beltrami au partage des biens emphytéotiques. — Sans contredit, s'il est vrai, comme on doit le supposer d'après la première série des motifs de l'arrêt de la cour d'appel de Turin, que l'intention du bailleur a été que l'Emphytéose prît fin à la mort du dernier rejeton de la troisième génération masculine du premier emphytéote, on ne peut pas faire durer sa concession jusqu'à la mort du dernier rejeton de la troisième génération féminine du même individu. — Mais que s'ensuit-il de là? Rien autre chose, si ce n'est qu'à la mort du dernier

Digitized by Google

rejeton de la troisième génération masculine, les descendantes du premier emphytéote, si elles vivent encore, seront dépouillées de la portion qu'elles auront prise dans les biens emphyteotiques, et que ces biens retourneront au bailleur, ni plus ni moins que si elles n'y avaient jamais pris part.

» Il y a, en effet, une très grande différence entre le droit du bailleur au retour des biens emphytéotiques, et le droit des descendans mâles du preneur à la succession de ces mêmes biens. — Les droits du bailleur au retour des biens emphytéotiques est fondé sur un contrat dans lequel il a été partie: et ce contrat ne peut être ni violé ni altéré à son préjudice. — Le droit des descendans mâles du preneur à la succession de ces mêmes biens n'est, comme on l'a démontré, qu'une expectative, qu'une espérance; et la loi qui est survenue depuis le contrat auquel ils sont étrangers, a pu les astreindre à partager avec leurs sœurs l'effet de cette espérance, de cette expectative. — Le bailleur n'est nullement lésé par ce partage; ce partage lui est donc indifferent; on ne peut donc pas argumenter de son droit pour empêcher que ce partage n'ait lieu. — C'est ainsi que, par arrêt du parlement de Paris, prononcé en robes rouges, à la Pentecôte 1588, et rapporté par Montholon, §. 52, il a été jugé qu'un père ayant pris des terres à bail emphytéotique, avec la clause *pour en jouir par moi et mes hoirs, et, après mon décès, par mon fils aîné ou fille, sans que les terres soient divisées ni partagées*, le fils aîné devait, à la vérité, recueillir seul les biens emphytéotiques vis-à-vis du bailleur, mais *à la charge de communiquer le profit aux autres enfans*; et pourquoi? parceque dès-lors on tenait pour maxime en France, que le père ne pouvait pas, relativement à ses enfans, déranger l'ordre legal de sa succession par une clause insérée dans un contrat passé avec un tiers; parcequ'il ne fallait pas donner à la clause qui appelait l'aîné et interdisait tout partage, plus d'effet que n'en exigeait l'intérêt du bailleur; parceque l'intérêt du bailleur étant mis à couvert, l'ordre légal des successions devait reprendre son cours, nonobstant cette clause.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventose an 8, la loi de la *consulta* du Piémont du 6 fructidor de la même année, celle de la *commission exécutive* du même pays du 9 nivose an 9, et les art. 732, 745, 1130 et 1389 du Code Napoléon, casser et annuller, pour l'intérêt de la loi et sans préjudice de son exécution entre les parties intéressées, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Turin le 11 thermidor an 13, entre Marguerite et Joséphine Beltrami, d'une part, Jean et Louis Beltrami, de l'autre; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet le 22 octobre 1807. *Signé* Merlin.

» La cour, ouï le rapport de M. Botton-Castellamoute, l'un des juges....; et, après en avoir délibéré en la chambre du conseil, vu les art. 732 et 745 du Code Napoléon, ainsi conçus....; et attendu que dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Turin, il n'était point question de décider si, d'après les lois nouvelles, le droit de retour des fonds emphytéotiques, après l'extinction des personnes appelées en vertu du titre constitutif, pouvait encore avoir lieu au profit du bailleur; mais qu'il s'agissait uniquement de savoir si le cas de retour prévu par le titre, n'étant pas encore arrivé, les filles du propriétaire utile des fonds devaient participer, avec leurs frères, à la succession dans lesdits biens, ouverte après que le Code Napoléon a force de loi dans le ci-devant Piémont; qu'aux termes des art. 732 et 745 de ce Code, les enfans succèdent à leur père, sans distinction de sexe, quelles que soient la nature et l'origine des biens; qu'ainsi la cour d'appel de Turin n'a pu, sur le fondement d'une ancienne jurisprudence, admettre une exception à la règle générale établie par la loi nouvelle, et exclure les filles, lorsqu'il s'agit d'Emphytéose ecclésiastique, sans commettre un excès de pouvoir, et sans violer les textes des lois précitées; casse et annulle, dans l'intérêt de la loi seulement, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Turin le 11 thermidor an 13, dont il s'agit ».

V. Locataire perpétuelle, Rente foncière et *Rente seigneuriale.*]]

EMPIREMENT DE FIEF. *V. Démembrement* et *Jeu de fief.*

* EMPIRIQUE. Ce mot, dans sa vraie acception, se dit de celui qui ne s'attache qu'à l'expérience dans la médecine, et qui ne suit pas la méthode ordinaire de l'art; mais dans l'acception aujourd'hui la plus vulgaire, ce mot est synonyme de *Charlatan. V.* Ce mot et *Chirurgie.* (M. DAREAU.) *

* EMPLOI DE DENIERS, se dit de l'usage qu'on doit en faire suivant leur destination.

Il est quelquefois stipulé par un contrat de mariage, que les deniers dotaux de la femme seront employés pour elle en achat d'héritages: lorsque c'est le mari qui est chargé de faire cet emploi, il doit le faire conjointement avec sa femme, si celle-ci est majeure, ou avec son père ou sa mère, ou un curateur particulier, quand elle est encore mineure, afin qu'on n'ait aucun sujet de plainte contre le mari pour la valeur de l'heritage.

Le parlement de Paris a jugé, le 24 mars 1578, que lorsqu'il y a, de la part du mari, une promesse de faire Emploi des deniers de sa femme, les biens acquis pendant le mariage sont censés l'avoir été de ces deniers; et sont, de plein droit, réputés dotaux. [[Mais il y a fort long-temps que la jurisprudence est changée sur ce point. *V. Dot*, §. 10.]]

Quand les tuteurs ont entre les mains des deniers pupillaires, ils doivent en faire un Emploi utile pour les mineurs dont ils administrent les biens. *V. Intérêt* et *Tuteur.*

On prête quelquefois pour rédimer un débiteur d'une ancienne creance, et l'on exige de lui qu'il soit déclaré par l'acte de paiement, que les deniers

Digitized by Google

ont été prêtés à la charge que le nouveau créancier sera subrogé aux droits, privilèges et hypothèques de l'ancien créancier : il ne suffit pas que cette condition soit établie par le prêt, il faut encore que la déclaration s'ensuive lors du paiement fait des deniers prêtés à l'ancien créancier. *V. Subrogation.* (M. Dareau.)

[[Quels sont, par rapport aux droits de communauté et de succession, les effets de la clause d'un contrat de mariage par laquelle le mari s'oblige à employer l'apport mobilier de la femme en biens-fonds qui lui tiendront nature de propre? *V. Réalisation.*]]

EMPLOYÉ. *V. Commis.*

EMPOISONNEMENT. *V. Poison.*

* EMPOISSONNEMENT. Action par laquelle on repeuple un étang qui a été pêché.

L'art. 21 du tit. 31 de l'ordonnance des eaux et forêts, a déterminé de quel échantillon devait être le poisson qu'on jette dans les étangs appartenans au roi, aux ecclésiastiques et aux communautés pour les empoissonner. Le carpeau doit avoir au moins six pouces, la tanche cinq, et la perche quatre. A l'égard du brochet, on est maître de le jeter de quelque échantillon qu'il soit; mais cela ne doit se faire qu'un mois après l'Empoissonnement, afin que les autres poissons premiers jetés aient acquis assez de force pour résister à sa voracité. (M. Dareau)*.

EMPRISE DE TESTAMENT. Terme employé dans la coutume de Douai, pour caractériser un acte judiciaire, par lequel le légataire universel ou l'exécuteur testamentaire se soumet à la dernière volonté du défunt.

Cette coutume renferme là-dessus deux dispositions remarquables. L'art. 3 du chap. 2 établit d'abord la nécessité de l'*Emprise* : « Auparavant qu'un testament puisse sortir effet, et qu'autrui en puisse profiter, ou en vertu d'icelui acquérir aucuns droits ès biens et heritages du testateur situés en ladite ville et échevinage de Douai, il convient, et est nécessairement requis, que par-devant échevins tel testament soit jure, empris et promis entretenir, fournir et accomplir par les executeurs, vefve, heritiers ou légataires universels du testateur ».

Les effets de l'*Emprise* sont déterminés par l'art. 3 du chap. 5 : « Tous testamens, codicilles et autres dispositions de dernière volonté d'un trépassé, passés, reconnus et dûment amenés à connaissance *par Emprise* par-devant lesdits échevins, en nombre de deux du moins, engendrent au fait de légats d'héritages, saisine et droit réel, incontinent après le trépas advenu, au profit des légataires, et sûreté à l'entier fournissement et accomplissement du contenu èsdits testamens et dispositions de dernière volonté, sans qu'il soit requis faire autre devoir de justice ».

Les dispositions de ces deux articles ont donné lieu à la question de savoir si, dans la coutume de Douai, un légataire universel transmet à ses héritiers une succession testamentaire dont il n'a pas fait l'*Emprise*, ou en d'autres termes, si un testament devient caduc, quand le légataire universel meurt sans l'avoir accepté devant deux échevins? La décision de cette difficulté dépend de l'intelligence exacte du premier des textes cités. La nécessité de l'acceptation judiciaire est clairement marquée par ces mots, *il convient et est nécessairement requis:* mais pour quel effet cette acceptation est-elle déclarée nécessaire? C'est pour que le testament *puisse sortir effet;* c'est pour qu'*autrui en puisse profiter;* c'est pour qu'on puisse, en vertu de cet acte, *acquérir aucuns droits ès biens et héritages du testateur.* Il semble donc, qu'aux termes de cet article, l'*Emprise* soit la seule voie par laquelle on puisse acquérir des droits quelconques sur une succession testamentaire, qu'un testament non empris ne donne rien aux légataires, et que, par conséquent, ceux-ci, à défaut d'*Emprise* de leur vivant, ne transmettent rien à leurs héritiers.

Ces raisons peuvent paraître spécieuses, mais en voici de plus décisives pour l'opinion contraire.

1°. Il est faux qu'avant l'*Emprise* un testament ne donne aucun droit, du moins personnel, au légataire. Ce dernier a certainement le droit de faire cette *Emprise;* or, d'où tire-t-il ce droit, si ce n'est de sa qualité, et, par conséquent, du testament même? Pourquoi donc ne pourrait-il pas le transmettre à ses héritiers avec tous ses autres droits, avec toutes ses autres actions?

2°. Dans l'usage, l'*Emprise* des testamens se fait par les exécuteurs testamentaires qui sont ordinairement dépositaires de ces actes: suivant le système que nous combattons, il dépendrait d'eux de les faire valoir ou de les anéantir, ce qui serait absurde.

3°. A s'attacher strictement à la lettre de la coutume, le sort des légataires particuliers dépendrait de la volonté du légataire universel ou de l'exécuteur testamentaire, car ce sont eux qui sont chargés par la coutume de faire l'*Emprise*. On dira sans doute qu'on peut les forcer à l'accomplissement de cette formalité; mais si un légataire particulier a le droit de les y faire contraindre, c'est le testament qui le lui attribue : il faut donc que cet acte, avant d'être *empris*, donne au moins des droits personnels à ceux qui y sont avantagés.

4°. La coutume ne prononce pas la peine de caducité contre un testament non *empris;* elle refuse seulement les droits réels aux légataires tant que l'*Emprise* n'est pas faite; et de peur qu'on ne s'y trompât, elle a répété sa disposition à peu près dans les mêmes termes, sous le titre d'*acquérir droits réels et hypothèques sur héritages.* Les expressions même dont elle se sert dans l'art. 3 du chap. 2, *ou en vertu d'icelui acquérir aucuns droits ès biens et héritages situés en ladite ville et échevinage*, ces expressions désignent clairement qu'elle ne parle que des droits réels, et qu'elle ne rapporte aucunement sa disposition aux droits personnels : si elle avait eu toutes les espèces de droits en vue, elle n'aurait point ajouté *ès maisons et héritages :*

Digitized by Google

elle eût dit en général qu'on ne peut acquérir aucun droit en vertu d'un testament non *empris;* mais comme elle ne voulait parler que des droits réels, elle a restreint sa disposition aux immeubles, c'est-à-dire, aux seuls biens susceptibles de réalité.

Enfin, cette opinion a été confirmée par un arrêt du parlement de Flandre, rendu en révision le 21 janvier 1776, au rapport de M. l'Abbé de Dion, entre les sieurs Dessaières et les sieurs Dervillers. Ceux-ci attaquaient le testament que la dame de La Howarderie avait fait au profit de son mari, et entre autres moyens ils faisaient valoir le défaut d'*Emprise:* ils prétendaient que le sieur de La Howarderie étant mort sans avoir rempli cette formalité, n'avait rien transmis à ses héritiers, et que le testament était, par-là, tombé en caducité; mais ce moyen n'a fait aucune impression sur les juges, et l'on a ordonné l'exécution pure et simple de l'acte dont il était question.

[[La formalité de l'*Emprise* est abolie par la loi du 13 avril 1791, tit. 1, art. 24. *V. Devoirs de loi.*]]

* EMPRISONNEMENT. C'est l'action même par laquelle on met quelqu'un en prison, ou l'effet qui résulte de cette action.

Il y a cette différence entre *capture* et *Emprisonnement*, que le premier de ces deux mots signifie seulement la prise au corps faite de celui qu'on veut emprisonner, et le second, l'action même où il est mis en prison. (M. Dareau). *

[[On distingue deux sortes d'Emprisonnement : l'Emprisonnement pour dettes, et l'Emprisonnement pour délit.

§. I. *De l'Emprisonnement pour dettes.*

I. Les *cas* où il peut y avoir lieu à l'Emprisonnement pour dettes, sont expliqués sous les mots *contrainte par corps*, et *étranger*.

Nous devons seulement ajouter ici que le Code de commerce ne contenant de dispositions sur cette matière, que pour le cas dont il sera parlé au mot *Endossement*, n. 14, on doit regarder comme encore subsistantes toutes celles du tit. 2 de la loi du 15 germinal an 6. Cela résulte de l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, *qui n'abroge les anciennes lois sur les matières commerciales*, qu'autant que ces matières sont du nombre de celles *sur lesquelles il est statué par ledit Code.*

II. Quant aux formalités de l'Emprisonnement pour dettes, elles sont ainsi réglées par le Code de procédure civile.

« *Art.* 780. Aucune contrainte par corps ne pourra être mise à exécution qu'un jour après la signification avec commandement du jugement qui l'a prononcée.— Cette signification sera faite par un huissier commis par ledit jugement ou par le président du tribunal de première instance du lieu où se trouve le débiteur. — La signification contiendra aussi élection de domicile dans la commune où siège le tribunal qui a rendu le jugement, si le créancier n'y demeure pas.

» 781. Le débiteur ne pourra être arrêté, 1°. avant le lever et après le coucher du soleil; 2°. les jours de fêtes légales; 3°. dans les édifices consacrés au culte, et pendant les exercices religieux seulement; 4°. dans le lieu et pendant la tenue des séances des autorités constituées; 5°. dans une maison quelconque, même dans son domicile, à moins qu'il n'eût été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix devra, dans ce cas, se transporter dans la maison avec l'officier ministériel (1).

» 785. Le procès-verbal d'Emprisonnement contiendra outre les formalités ordinaires des exploits, 1°. itératif commandement; 2°. élection de domicile dans la commune où le débiteur sera détenu, si le créancier n'y demeure pas : l'huissier sera assisté de deux recors.

» 784. S'il s'est écoulé une année entière depuis le commandement, il sera fait un nouveau commandement par un huissier commis à cet effet.

» 785. En cas de rébellion, l'huissier pourra établir garnison aux portes pour empêcher l'évasion et requérir la force armée; et le débiteur sera poursuivi conformément aux dispositions du Code criminel.

» 786. Si le débiteur requiert qu'il en soit référé, il sera conduit sur-le-champ devant le président du tribunal de première instance du lieu où l'arrestation aura été faite, lequel statuera en état de référé: si l'arrestation est faite hors des heures de l'audience, le débiteur sera conduit chez le président.

» 787. L'ordonnance sur référé sera consignée sur le procès-verbal de l'huissier, et sera exécutée sur-le-champ.

» 788. Si le débiteur ne requiert pas qu'il en soit référé, ou si, en cas de référé, le président ordonne qu'il soit passé outre, le débiteur sera conduit dans la prison du lieu; et s'il n'y en a pas, dans celle du lieu le plus voisin : l'huissier et tous autres qui conduiraient, recevraient ou retiendraient le débiteur dans un lieu de détention non légalement désigné comme tel, seront poursuivis comme coupables du crime de détention arbitraire.

» 789. L'écrou du débiteur énoncera, 1°. le jugement; 2°. les noms et domicile du créancier; 3°. l'élection de domicile, s'il ne demeure pas dans la commune; 4°. les noms, demeure et profession du débiteur; 5°. la consignation d'un mois d'alimens au moins; 6°. enfin mention de la copie qui sera laissée au débiteur, parlant à sa personne, tant du procès-verbal d'Emprisonnement que de l'écrou. Il sera signé de l'huissier.

» 790. Le gardien ou geolier transcrira sur son registre le jugement qui autorise l'arrestation : faute par l'huissier de representer ce jugement, le geolier refusera de recevoir le débiteur et de l'écrouer.

(1) L'art. 782 est rapporté au mot *Sauf-conduit.*

Digitized by Google

» 791. Le créancier sera tenu de consigner les alimens d'avance. Les alimens ne pourront être retirés, lorsqu'il y aura recommandation, si ce n'est du consentement du recommandant.

» 794. A défaut de l'observation des formalités ci-dessus prescrites, le débiteur pourra demander la nullité de l'Emprisonnement, et la demande sera portée au tribunal du lieu où il est détenu : si la demande en nullité est fondée sur des moyens du fond, elle sera portée devant le tribunal de l'exécution du jugement.

» 795. Dans tous les cas, la demande pourra être formée à bref delai, en vertu de permission de juge, et l'assignation donnée par huissier commis au domicile élu par l'ecrou : la cause sera jugée sommairement, sur les conclusions du ministère public.

» 796. La nullité de l'Emprisonnement, pour quelque cause qu'elle soit prononcée, n'emporte point la nullité des recommandations.

» 797. Le débiteur dont l'Emprisonnement est déclaré nul, ne peut être arrêté pour la même dette qu'un jour au moins après sa sortie ».

V. Arrestation, Clain, Contrainte (Finances), *Contrainte par corps, Désaveu* et *Elargissement.*

§. II. *De l'Emprisonnement pour délit.*

En fait de délit, l'Emprisonnement a pour objet, ou de s'assurer de la personne d'un prévenu, ou de punir un coupable.

Sous le premier aspect, l'Emprisonnement fait la matière des articles *Arrestation, Mandat de dépôt, Mandat d'arrêt* et *Ordonnance de prise de corps.*

Sous le second aspect, l'Emprisonnement proprement dit est une peine à laquelle donnent lieu deux sortes de délits, les délits de simple police et les délits correctionnels : pour les premiers, l'Emprisonnement ne peut pas excéder trois jours; pour les seconds, il peut aller jusqu'à deux ans, et quelquefois même, en cas de récidive, jusqu'à quatre. *V. Délit*, §. 3 et 4, *Délit rural, Escroquerie* et *Récidive.*

Les personnes condamnées à l'Emprisonnement, doivent, suivant l'art. 2 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, être enfermées dans des *maisons de correction.*

L'art. 3 porte que « si la maison de correction est dans le même local que la maison destinée aux personnes condamnées (à la détention) par jugement des tribunaux criminels, le quartier de la correction sera entièrement séparé.

» Toute maison de correction (ajoute l'art. 4) sera maison de travail; il sera établi par les conseils ou directoires de départemens (aujourd'hui par les préfets), divers genres de travaux communs ou particuliers, convenables aux personnes des deux sexes; les hommes et les femmes seront séparés.

» La maison (continue l'art. 6) fournira le pain, l'eau et le coucher sur le produit du travail du détenu; un tiers sera appliqué à la dépense commune de la maison. — Sur une partie des deux autres tiers, il lui sera permis de se procurer une nourriture meilleure et plus abondante. — Le surplus sera réservé pour lui être remis après que le temps de sa détention sera expiré. — Il lui sera également permis de se procurer une nourriture meilleure et plus abondante sur sa fortune particulière, à moins que le jugement de condamnation n'en ait ordonné autrement ».

V. Détention et *Réclusion.*

EMPRUNT. *V. Prêt, Mineur* et *Communauté d'habitans.*

* ENCHÈRE. C'est l'offre qu'on fait au-dessus de quelqu'un pour une chose qui se vend ou s'afferme par justice, au plus offrant.

§. I. *Des Enchères dans les ventes par décret forcé.*

I. Pour prévenir les fraudes dans les Enchères des immeubles qui se vendent par decret, l'édit de 1551 a voulu que personne ne pût être admis à enchérir sans être assisté d'un procureur du siège. [[*Code de procédure civile, art.* 651 *et* 707.]] — La même loi et l'arrêt de règlement du parlement de Paris du 3 novembre 1598 ont défendu aux procureurs d'enchérir en vertu de procurations, à moins qu'ils ne connussent ceux qui leur auraient donné charge d'enchérir, ou qu'ils n'eussent pris acte de gens à eux connus pour répondre des parties qui auraient donné ces procurations.

Un procureur ne doit donc enchérir que pour des personnes domiciliées et qui paraissent solvables, à peine de demeurer garant personnellement de ceux pour lesquels il a enchéri. [[*Code de procédure civile, art.* 713.]] — Observez néanmoins qu'un procureur ne serait point garant, si, sans fraude, il avait enchéri pour une personne connue, qui par l'événement se serait trouvée hors d'état de payer le prix de l'adjudication; il suffirait, pour la décharge du procureur, que cette personne n'eût pas été notoirement insolvable lorsqu'il a enchéri pour elle. Aussi, par arrêt du 14 janvier 1687, le parlement de Paris a déchargé un procureur de la demande formée contre lui, afin qu'il fût tenu de faire comparaître la partie pour laquelle il avait encheri, et de lui faire payer le prix de l'adjudication; sinon qu'il fût procédé à la revente de l'office décrété à la folle Enchère, tant de l'adjudicataire que de son procureur.

Lorsqu'un procureur a enchéri pour une personne qui ne lui était pas suffisamment connue, mais qu'il a eu la précaution de prendre un certificateur, il ne peut être poursuivi en cas que l'adjudicataire ne puisse payer le prix de l'adjudication; il en est quitte pour représenter le certificat qu'on lui a donné, pourvu qu'il ait dû présumer que le certificateur était de bonne foi, et qu'il était en état de

Digitized by Google

répondre des dommages et intérêts en cas de dol de sa part. On l'a ainsi jugé au parlement de Paris au mois de mars 1703, en faveur de Jean Porcheron, procureur au parlement, en homologuant un avis de la communauté des procureurs; mais les creanciers poursuivirent ensuite Gobrean, procureur de la partie saisie, qui avait certifié à Porcheron que Vieillard, pour lequel Porcheron s'était rendu adjudicataire, était solvable. Vieillard était gendre de la partie saisie: on tira un grand avantage de cette circonstance contre Gobreau, pour prouver qu'il y avait du dol et de la fraude; et par l'arrêt qui intervint le 27 juillet suivant, on ordonna que l'adjudicataire paierait dans six semaines le prix de l'adjudication, sinon que le bien serait vendu à la folle Enchère, tant de l'adjudicataire que de Gobreau, solidairement et par corps.

Un procureur ne peut enchérir au-dessus de la somme portée par la procuration de sa partie; s'il va au-delà, il est responsable de son Enchère.

Lorsque l'adjudication est faite à un procureur, et qu'il a déclaré au greffe les noms des particuliers pour lesquels il a enchéri, la propriété passe directement à ces particuliers, et le procureur n'est pas réputé avoir été acquereur: c'est pourquoi il n'y a aucune action contre ce procureur pour le paiement du prix de l'adjudication.

Les procureurs doivent éviter d'enchérir, pour les particuliers auxquels les règlemens défendent de se rendre adjudicataires. [[*V. Adjudicataire* et l'art. 713 du Code de procédure civile.]]

II. On jugeait autrefois au parlement de Paris, qu'un opposant ne devait pas être admis à enchérir; mais on suit aujourd'hui une jurisprudence contraire, sur le fondement qu'il est de l'intérêt de la partie saisie et des créanciers que le nombre des enchérisseurs ne soit point diminué.

III. L'Enchère étant un contrat que l'enchérisseur passe avec la justice, il faut en conclure qu'après qu'elle est faite, elle ne peut plus être rétractée, quand même l'enchérisseur allèguerait la lésion de plus de moitié de la juste valeur. C'est ce que le parlement de Toulouse a jugé contre la demoiselle de Cavalon, par arrêt du 19 janvier 1666.

Mais quand l'Enchère vient à être couverte par une Enchère plus-forte, le précédent enchérisseur n'est plus obligé. Il faut neanmoins convenir que cette dernière maxime n'a pas été adoptée dans tous les temps ni par tous les jurisconsultes. Barthole pensait que quand le dernier enchérisseur était insolvable, on pouvait recourir contre l'enchérisseur precédent. Balde était d'avis contraire. Dumoulin a donné pour principe général que dans cette espèce, le précédent encherisseur devait prendre le bien aux conditions de son Enchère, et que le surplus devait être payé par le dernier encherisseur. Tronçon, Charondas, Gonget et plusieurs autres ont embrassé une opinion opposée à celle de Dumoulin. Il y a de même des arrêts opposes les uns aux autres. Bouchel dit dans sa Bibliothèque, qu'il fut arrêté au parlement de Paris, le 19 novembre 1530, que si le dernier enchérisseur se trouvait insolvable, on aurait recours à l'enchérisseur précédent; et que s'il acceptait l'adjudication ou qu'il ne proposât point de raison valable pour se dispenser de cette acceptation, l'héritage decrété lui serait adjugé sans procéder à de nouvelles Enchères. Mais divers arrêts postérieurs ont jugé le contraire. Le même Bouchel en cite deux; l'un du mois de février 1537, et l'autre du 18 avril 1558. Charondas en rapporte un troisième du 26 mai 1562; et l'usage, tant du parlement de Paris que des requêtes du palais, est conforme à ces derniers arrêts. — Le parlement de Bordeaux jugeait aussi autrefois que quand le dernier enchérisseur était insolvable, on pouvait avoir recours au précédent. C'est ce que prouve un arrêt du 29 mars 1530, rapporte par Papon; mais La Peyrère nous apprend que cette cour a jugé le contraire en 1671. — Cette dernière jurisprudence a été suivie au parlement de Normandie par arrêt du 16 décembre 1604, dans le cas d'une dernière Enchère faite par un particulier qui voulait désavouer celui qui avait enchéri pour lui. — On peut donc établir pour principe que tel est le droit commun du royaume. Cela est si vrai, que les coutumes qui ont prevu le cas dont il s'agit, ont décidé qu'on devait revendre à la folle Enchère du dernier enchérisseur, sans recourir au précédent enchérisseur.

Celle de Berry dit que si le dernier enchérisseur ne paie pas le prix de l'adjudication dans la huitaine, l'enchérisseur qui le précède immédiatement, pourra, si bon lui semble, se faire adjuger le bien pour le prix porté par l'Enchère qu'il avait faite; et que s'il ne veut pas le prendre à cette condition non plus que les autres encherisseurs, en remontant par ordre, le bien sera vendu et adjugé à la folle Enchère du premier adjudicataire.

Mais cette décision de la coutume de Berry doit-elle être étendue aux coutumes qui n'ont aucune disposition à cet égard? D'Héricourt soutient la négative, et pense que celui dont l'Enchère a été couverte par une Enchère plus forte, ne peut plus prendre le bien sur le pied de l'Enchère qu'il a faite, à moins que la partie saisie, le saisissant, les opposans et l'adjudicataire à la folle Enchère duquel le bien doit être vendu, n'y consentent expressément. Cette opinion est fondée sur ce que les Enchères étant regardées comme des offres, dès que la justice a une fois rejeté comme insuffisantes les premières qui lui ont été faites, et qu'elle a accepté les secondes, il ne doit plus subsister aucun engagement relativement au premier enchérisseur.

[[L'art. 707 du Code de procédure civile porte que « l'enchérisseur cesse d'être obligé, si son Enchère est couverte par une autre, lors même que cette dernière serait déclarée nulle ».]]

Ce n'est pas seulement dans le cas où la première Enchère est couverte par une autre que l'enchérisseur est déchargé de toute obligation, il doit en être de même si l'héritage décrété vient à périr ou à être détérioré considérablement par quelque cas fortuit avant l'adjudication. Un tel enchérisseur

Digitized by Google

n'étant pas propriétaire, il ne doit pas supporter la perte de la chose qu'il voulait acquérir, comme il ne profiterait pas de l'augmentation de valeur, s'il en survenait une à cette chose.

Lorsqu'il y a appel d'une adjudication, c'est encore, disent quelques jurisconsultes, un cas où le dernier encherisseur peut demander qu'on le décharge de son Enchère, sur le fondement qu'il n'est pas obligé d'attendre l'événement d'un procès pour placer son argent. Mais nous croyons, avec Pothier, que cette opinion est mal fondée. En effet, si une telle jurisprudence avait lieu, un tiers pourrait dégénérisseur; et celui-ci même pourrait aisément anéantir sa propre obligation, en engageant par des présens une partie saisie qui est ordinairement ruinée, à interjeter appel de l'adjudication. D'ailleurs, comme l'appel est une voie de droit, on ne peut pas dire que l'enchérisseur ne l'a point pu prévoir.

IV. Il est de l'intérêt de la partie saisie et de ses créanciers que l'adjudication se fasse publiquement, afin que chacun puisse être instruit de ce qui s'y passe et soit en état d'enchérir. Au parlement, à la cour des aides et à la cour des monnaies de Paris, l'adjudication se fait au greffe; aux requêtes du palais, elle se fait au parquet; aux requêtes de l'hôtel et au châtelet, c'est à l'audience qu'on adjuge les biens décrétés. Il y avait autrefois quelques juridictions, où l'on était dans l'usage de faire les adjudications à la chambre du conseil. Mais cet usage a été condamné par plusieurs arrêts, dont il y en a un en forme de règlement rendu par le parlement séant à Tours, le 6 mai 1593.

[[Le Code de procédure civile veut, art. 707, que les Enchères soient faites à l'audience.]]

Par d'autres arrêts de règlement du même parlement, entre lesquels il y en a un du 2 décembre 1574, il est défendu d'adjuger les heritages à la chandelle éteinte, parcequ'il n'a point paru raisonnable que le juge fût en quelque manière forcé de faire l'adjudication à l'extinction d'une chandelle, quand il verrait qu'il pourrait y avoir encore des enchérisseurs, et que le prix du bien décrété pourrait monter plus haut. On a cependant conservé en Bretagne l'usage de faire les adjudications à l'extinction de la chandelle, suivant le règlement provisoire du parlement de cette province fait en 1547, et l'art. 579 de la coutume de Bretagne.

[[Cet usage est devenu le droit commun de la France. *V. Bougies.*]]

V. Il y a des juridictions où aussitôt que celui qui préside a prononcé *adjugé*, le droit est acquis irrevocablement à l'adjudicataire, de sorte qu'il n'est plus permis de recevoir de nouvelles Enchères. Dans d'autres tribunaux on admet les Enchères après que le juge a prononcé l'adjudication, pourvu qu'on enchérisse avant que l'audience soit levée. Il y en a une disposition expresse dans le règlement de 1666 du parlement de Rouen, qui porte que *nul n'est reçu à surenchérir après la levée de la juridiction à laquelle a été faite l'adjudication finale.* On suit la même règle en Bretagne, selon le témoignage d'Hevin qui en rapporte un arrêt rendu le 22 mai 1674.

Dans quelques coutumes, telles que celle d'Auvergne, on peut enchérir jusqu'à *l'expédition et délivrance des lettres du décret.*

Cette disposition a donné lieu à la question de savoir si dans une juridiction où l'usage est de ne recevoir les Enchères que jusqu'au moment de l'adjudication, et où l'on poursuit le décret d'un héritage situé dans une coutume où les surenchères [illegible] adjudication, on avait pu rejeter la surenchère qui avait été proposée après que l'héritage décrété avait été adjugé? — Il s'agissait dans cette espèce de la terre de Sedage, située en Auvergne, dont le décret s'était poursuivi aux requêtes du palais, et qui avait été adjugée au sieur de Massebeau moyennant 24,000 livres. — Peu de temps après l'adjudication, le chevalier Le Camus, créancier des parties saisies, s'opposa à la délivrance du décret non encore expédié, et enchérit de 43,000 l., en portant les biens à 67,000 liv.; mais par sentence des requêtes du palais du 7 septembre 1752, la surenchère du chevalier Le Camus a été rejetée, et cette sentence a été confirmée par arrêt du 21 avril 1760. On a considéré que l'adjudication faisant partie des formalités du décret, elle devait être réglée par la loi du tribunal dans lequel elle avait lieu.

Bretonnier observe que dans le ressort du parlement de Dijon, on reçoit les surenchères après l'adjudication, jusqu'à la consignation.

[[Aujourd'hui, on les reçoit par-tout dans la huitaine de l'adjudication. *V. Surenchère.*]]

VI. On appelle *Enchère au profit particulier*, une Enchère d'une espèce singulière qui n'est usitée qu'en Normandie. C'est une grace qu'on accorde, dans les adjudications par décret, aux derniers créanciers et tiers-acquéreurs qui prévoient qu'ils ne seront point mis en ordre utile, si l'on se tient à la dernière Enchère faite à l'ordinaire, et qu'on appelle dans ce pays *Enchère au profit commun*, à cause qu'elle tourne au profit de tous les créanciers; dans ce cas, tout créancier particulier ou hypothécaire, dont la créance est antérieure à la saisie réelle, peut enchérir à son profit particulier, jusqu'à telle somme que bon lui semble; ce qui s'entend toujours, à condition que le quart de ce dont il a augmenté la dernière Enchère, tournera au profit commun des autres créanciers, et que les trois autres quarts seront par lui imputés sur ce qui lui est dû.

Pour pouvoir enchérir à son profit particulier, il faut, 1°. être créancier privilégié ou hypothécaire sur les biens saisis, avant la saisie réelle; 2°. que la dette soit légitime et fondée en titre paré et exécutoire; 3°. que l'Enchère au profit particulier soit faite avant l'adjudication finale; 4°. qu'elle soit mise au greffe du siége où se fait le décret, quinze jours avant l'adjudication; 5°. qu'elle

Digitized by Google

soit lue publiquement aux plaids, c'est-à-dire, l'audience tenant.

Aux plaids suivans, on la relit encore : s'il ne se présente personne qui veuille porter au profit commun, le prix du bien decrété, jusqu'à la somme à laquelle le creancier ou tiers-acquereur l'a porté à son profit particulier, et qu'il n'y ait point d'autre créancier antérieur à la saisie reelle qui veuille surenchérir à son profit particulier; en ce cas, on adjuge le bien purement et simplement, sans que personne puisse être admis par la suite à encherir, soit au profit commun, soit en particulier.

Lorsque le decret se poursuit sur un tiers detenteur, qui n'est pas debiteur personnel, il n'y a que les creanciers antérieurs à son acquisition qui soient admis à enchérir au profit particulier.

Si le bien vendu par decret consiste en plusieurs pieces, le créancier qui encherit à son profit particulier, peut déclarer sur quelle pièce il veut appliquer son enchère au profit particulier; mais si la repartition n'en a point été faite à l'audience, elle se fait de plein droit au sou la livre du prix de l'adjudication ; et cela suffit, afin de prévenir les fraudes, notamment celle qui pourrait se faire contre le retrait féodal ou lignager; parceque si l'on différait plus long-temps à faire l'application de l'Enchère au profit particulier, on ne manquerait pas de l'appliquer tout entière sur l'héritage pour lequel on craindrait quelque retrait.

Le receveur des consignations est tenu de prendre pour argent comptant, les titres valables de créance, de celui qui a encheri à son profit particulier, et cela, jusqu'à concurrence de la somme dont il a augmenté la dernière Enchère.

Si celui qui a ainsi encheri se croyant créancier, ne l'est point effectivement, il doit payer le prix entier de son adjudication au profit commun.

En Lorraine, on appelle *Enchère conditionnelle*, ou *remont conditionnel*, une sorte d'Enchère qui a beaucoup de rapport avec l'*Enchère au profit particulier*, usitée en Normandie. Elle en diffère néanmoins en ce qu'elle tourne en totalité au profit du créancier encherisseur, au lieu que le quart de l'Enchère au profit particulier, appartient à tous les créanciers.

Il faut observer que la moindre Enchère pure et simple exclut l'Enchère conditionnelle antérieure, et que cette dernière espèce d'Enchère ne peut avoir lieu que pour les biens de roture, et non pour les biens nobles. C'est ce qui résulte des art. 25 et 26 du tit. 18 de l'ordonnance civile du duc Léopold, du mois de novembre 1707.

[[Ces points de législation particuliers à la ci-devant Normandie et à la ci-devant Lorraine, ont été abolis par la seconde loi du 11 brumaire an 7, art. 36; et par le Code de procédure civile, art. 1041.]]

VII. On appelle *folle Enchère*, celle qui est faite par un encherisseur insolvable, ou par un procureur qui ne connaît pas sa partie, ou qui n'a pas d'elle un pouvoir en bonne forme, ou qui excède ce pouvoir, ou enfin qui se charge d'enchérir pour un homme notoirement insolvable.

Faute par l'adjudicataire de consigner le prix de son adjudication, [[aujourd'hui de satisfaire aux conditions du cahier des charges]], dans le temps prescrit, on fait ordonner qu'il sera procédé à une nouvelle adjudication à sa folle Enchère; et comme on dit quelquefois pour abréger, on *poursuit la folle Enchère*, en quoi l'on confond la cause avec l'effet.

S'il ne se présente personne qui porte la chose à été adjugée, l'adjudicataire sur lequel se poursuit la folle Enchère, est tenu de fournir ce qui manque pour faire le prix de son adjudication, avec tous les frais faits pour parvenir à une nouvelle adjudication : c'est ce qu'on appelle *payer la folle Enchère ;* et celui qui la doit, peut être contraint à payer par saisie et vente de ses biens meubles et immeubles, et même quelquefois par corps, selon les circonstances.

On peut aussi conclure contre lui aux intérêts du prix, du jour de l'adjudication.

Si le prix de la nouvelle adjudication monte plus haut que celui de la précédente, cet excédant doit être employé, comme le reste du prix, à payer les créanciers.

La folle Enchère n'a point lieu contre ceux qui ne peuvent s'obliger, et qui par conséquent sont non recevables à enchérir. (M. Guyot.)

[[*V.* le Code de procédure civile, art. 737 à 745.

§. II. *Des Enchères dans les adjudications de biens nationaux, de biens appartenans à des mineurs, de navires et d'effets mobiliers.*

I. La forme des Enchères dans les adjudications de biens nationaux, est réglée par des lois rapportées à l'article *bougie*.

II. Quant aux ventes de biens appartenans à des mineurs, que la justice a autorisés, l'art. 965 du Code de procédure civile porte qu'on y observera, « relativement à la réception des Enchères, à la forme de l'adjudication et à ses suites, les dispositions contenues dans les art. 701 et suivans : néanmoins (ajoute-t-il) si les Enchères sont reçues par un notaire, elles pourront être faites par toutes personnes, sans ministère d'avoué ».

III. Nous parlerons à l'article *navire* de la manière dont se font les Enchères dans les ventes forcées de bâtimens de mer; et à l'article *saisie mobilière*, de la manière dont se font les Enchères dans les ventes forcées de meubles.

§. III. *De la liberté qui doit régner dans les Enchères.*

La loi du 22 juillet 1791 porte, tit. 2, art. 27, que « tous ceux qui, dans l'adjudication de la propriété, ou de la location, soit des domaines nationaux,

Digitized by Google

soit de tout autre domaine appartenant à des communautés ou à des particuliers, troubleraient la liberté des Enchères, ou empêcheraient que les adjudications ne s'élevassent à leur véritable valeur, soit par offre d'argent ou par des conventions frauduleuses, soit par des violences ou voies de fait exercées avant ou pendant les Enchères, seront punis d'une amende qui ne pourra excéder 500 liv., et d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année. — La peine sera double en cas de récidive ».

Loi sur l'Enregistrement. Croissi. Décret d'immeubles.

* ENCISE. C'est le meurtre d'une femme enceinte ou de l'enfant dont elle est grosse.

Un homme qui maltraiterait une femme dans la vue de faire périr le fruit qu'elle porte dans son sein, serait au moins aussi coupable que celui qui la ferait avorter. *V. Avortement* (M. Dareau). *

* ENCLAVE. On appelle Enclave la circonscription d'un royaume, d'une province, d'un diocèse, d'une paroisse, etc.

En matière féodale, l'Enclave est un terrain déterminé, sur lequel le seigneur est fondé à exercer la justice, ou à percevoir un droit général.

Le seigneur ainsi fondé en droit général sur son territoire, a des prérogatives très avantageuses : on les nomme *droit d'Enclave*.

Il y a deux sortes d'Enclaves, celle de la directe et celle de la justice.

Comme il y a deux espèces de coutumes, les censuelles et les allodiales, il y a aussi deux espèces d'Enclaves de directe, l'une réelle, et l'autre morale, si l'on peut parler ainsi.

Dans les coutumes où règne la maxime *nulle terre sans seigneur*, la circonscription de territoire suffit pour donner le droit d'Enclave. Le seigneur d'un territoire circonscrit par des bornes certaines, peut exercer tous les droits qui dérivent de la directe dans toute l'étendue de ce même territoire, et cela indistinctement sur tous les héritages qu'il renferme. Tel est l'effet du droit d'Enclave : cependant il n'exclut pas les seigneuries particulières; il est possible qu'il en existe dans ces mêmes bornes; mais celui qui les prétend, doit les établir par des titres bien positifs, par des titres qui s'adaptent individuellement à chaque partie qu'il veut asservir, qu'il veut soustraire à la loi générale du territoire. Voilà la règle; on la trouve dans tous les jurisconsultes; elle est inscrite dans le Traité des Fiefs de Dumoulin, avec autant de lumière que d'énergie. En voici les termes; ils sont précieux : *Habens territorium limitatum, in certo jure sibi competente, est fundatus ex jure communi, in eodem jure, in qualibet parte sui territorii..... Habet intentionem fundatam quod quilibet possessor fundi in eodem territorio teneantur agnoscere eum, in feudum vel in censum* (§. 68, gl. 1, n. 6).

Chopin tient absolument le même langage : *Quoties penes aliquem certum dominium stat, certis regiunculi finibus septum, tunc intra ejus limites positi fundi ei servire præsumuntur.* (Sur la Coutume d'Anjou, art. 140).

Cette règle est même revêtue, dans plusieurs coutumes, de la sanction de l'autorité législative. « Tout seigneur châtelain ou autre ayant haute justice, ou moyenne et basse et foncière, avec territoire limité, est fondé par la coutume de soi dire et porter seigneur direct de tous les domaines et héritages étant en icelui, qui ne montrent dûment du contraire ». (*Coutume d'Angoumois, art.* 35).

« Tout seigneur de fief se peut dire et porter seisonnet, dont il ne lui est dû nommage, devoir ou redevance, excepté des choses enclavées en dedans de soudit fief et tenues d'autrui, ou par gens d'église en franche aumône ou autre titre particulier ». (*Usance de Xaintes, art.* 18).

On ne peut pas concevoir des autorités plus respectables; les auteurs, les coutumes, une multitude d'arrêts que nous pourrions rapporter, tout se réunit donc pour assurer au seigneur de l'Enclave la directe sur toutes les parties du territoire; il est, comme on voit, présumé le seul, l'unique seigneur; et cette présomption est telle, que, pour la détruire, il faut les titres les plus positifs.

Ainsi, dans les coutumes censuelles, la circonscription de la seigneurie en détermine l'Enclave. Le seigneur a la grande main sur tout ce qui est renfermé dans les bornes de sa terre : l'assiette d'un héritage dans ces mêmes bornes, est un titre suffisant pour l'assujettir au cens.

Il n'en est pas, à beaucoup près, de même dans les pays allodiaux ; *le seul territoire limité n'y sert de rien pour l'établissement de la directe.* L'assujettissement de la majeure partie des héritages n'est pas même un titre suffisant. Il faut, pour établir une directe universelle, des baux à cens, des actes récognitifs qui s'appliquent individuellement à chaque héritage, ou des titres généraux qui embrassent l'universalité du territoire. Ainsi, dans les coutumes allodiales, le droit d'Enclave ne résulte pas, comme dans les coutumes censuelles, de la circonscription de la terre, mais uniquement des titres de la seigneurie.

Voilà le principe : l'intérêt ne l'a que trop souvent combattu; mais il demeurera, parcequ'il n'est pas possible d'y porter atteinte sans jeter la plus grande confusion dans cette matière; effectivement, ce serait effacer la ligne qui sépare les coutumes censuelles des pays allodiaux.

Dumoulin semble avoir pris un soin particulier de rendre cette ligne sensible à tous les yeux; il s'en occupe en plusieurs endroits de ses ouvrages : c'est le véritable sens de ce fameux passage de son commentaire sur l'art. 48 de l'ancienne coutume de Paris : *habens territorium limitatum in certo jure sibi competente, etc.* Il y revient encore sur l'art. 2 de la même coutume, §. 2, gl. 6, n. 6, où, parlant des droits extraordinaires, tel qu'est le cens lui-même dans les coutumes allodiales, il

Digitized by Google

s'exprime en ces termes : *Etiam si maximè cæteri omnes circumvicini fundi jus illud pendant, nihil concludit ad onerandum certum intermedium prædium, nisi aliàs de titulo vel longissimd perceptione particulari doceatur.*

Ainsi, dans les coutumes allodiales, la circonstance qu'un héritage est environné de terres censuelles, ne suffit pas pour l'assujettir au cens; il en résultera, si l'on veut, une présomption; mais que peut une présomption contre l'autorité du droit public? L'héritage conservera donc sa liberté naturelle.

M. de Cambolas, dans son *Traité du Franc-Aleu*, laisse rien à désirer. Voici ses termes : *Il faut qu'il apparoisse par titres que toute la terre a été baillée en fief ou en emphytéose par des confrontations générales.*

On retrouve la même décision et presque les mêmes termes dans les écrits de deux jurisconsultes également distingués par le rang qu'ils occupaient dans la magistrature, et par les excellens ouvrages qu'ils ont donnés au public. Nous parlons de M. Salvaing et de M. le président Bouhier.

Ceux qui prétendent la directe universelle dans leurs terres, doivent être fondés en titres, ne suffisant pas qu'il y ait des reconnaissances de la plus grande partie d'un territoire uniforme, continu, limité et en droit d'Enclave. (M. de Salvaing, *Usage des fiefs*, chap. 55.)

Supposons qu'un fonds soit entouré de tous les côtés d'autres héritages censables au seigneur, aurait-il raison d'en conclure que ce fonds est aussi chargé de cens envers lui? il y serait sans doute mal fondé.... Dans les pays de franc aleu, la charge imposée sur les héritages voisins, ne fait aucune preuve contre ceux qui les touchent. (M. Bonhier, sur la coutume de Bourgogne, chap. 65.)

Il n'est pas possible d'invoquer des autorités plus respectables. Il serait inutile d'en citer un plus grand nombre pour établir une vérité, qui sort d'ailleurs de la nature des choses.

Mais s'il arrive que dans le même territoire la justice et la directe appartiennent à deux seigneurs différens, quelle sera l'influence de ces deux prérogatives? la justice emportera-t-elle l'Enclave de la directe? la directe sera-t-elle un titre pour l'universalité de la justice? en un mot, le seigneur aura-t-il la justice sur tous les objets soumis à sa directe, *et vice versâ?*

Nous avons cet avantage, que cette difficulté a fixé l'attention de Dumoulin. Il l'examine sur l'art. 46 de l'ancienne coutume de Paris. Ce jurisconsulte établit d'abord le grand principe de l'Enclave : *habens territorium limitatum*, etc.

Notre auteur applique ensuite ce principe à la justice et à la directe.

A l'égard de la justice, il décide que la qualité de seigneur justicier d'un territoire donne le droit de justice sur toutes les parties; mais rien de plus : *Dominus habens jurisdictionem territorii est fundatus in quâlibet parte et loco territorii, non in dominio directo.*

A l'égard de la directe, même décision. Celui qui a la directe universelle, n'a pas besoin pour exiger le cens, d'un titre qui s'adapte à chaque partie du territoire : mais cette prérogative n'est d'aucune conséquence pour la justice. *Aut dominus habet dominium directum illius territorii, tunc habet fundatam intentionem, ut quilibet fundus debeat ab eo recognosci tanquam à domino directo; non autem ex hoc fundatus erit in jurisdictione.*

Le seigneur justicier d'un territoire, ne donne pas droit à la directe du même territoire; et réciproquement que le seigneur direct ne peut pas se prévaloir de cette qualité pour prétendre à la justice.

Baequet examine précisément la même question. On ne peut rien de plus énergique que la manière dont il s'exprime à cet égard. « Le seigneur féodal ne peut pas s'attribuer droit de justice en son fief et censive, parcequ'en France fief et justice n'ont rien de commun, ains sont distincts et séparés, et par ce moyen l'un ne peut attribuer l'autre ».

Ces différentes maximes, sur le droit d'Enclave dans les coutumes censuelles, ne sont que des conséquences de la règle, *nulle terre sans seigneur*; règle célèbre qu'on répète trop souvent, et qu'on ne connaît pas assez. Il ne sera donc pas inutile d'en présenter ici l'origine, les progrès et sur-tout la véritable explication, d'autant plus qu'on n'aura pas occasion d'en parler ailleurs.

Examen de la règle, nulle terre sans seigneur. Il est difficile de fixer avec précision l'origine de cette règle : cependant, si l'on jette les yeux sur l'ancien état des choses, on la voit naître dans le chaos du gouvernement féodal, en sortir à pas lents, s'avancer à l'abri de la puissance des seigneurs, faire de rapides progrès à la faveur de l'ignorance des légistes; et vers le commencement du dix-septième siècle, exiger despotiquement qu'on rende à son ancienneté le respect qu'on ne doit qu'à la raison.

Il est certain que cette règle était inconnue sous les deux premières races. Tous les monumens qui nous restent de ces temps reculés, déposent qu'alors on n'en avait pas même l'idée.

Les Gaulois demeurèrent libres sous la domination des Romains. Leurs sujets après avoir été si souvent leurs vainqueurs, ils ne furent jamais leurs esclaves. Les Germains, qui portaient la liberté jusqu'à la licence, étaient encore plus éloignés de l'esclavage : mais les uns et les autres avaient des serfs; et les premiers rois de France se réservèrent une partie des terres conquises qu'ils donnaient *en bénéfice*. C'est sur ces deux faits que porte tout le système de la servitude, tant des personnes que des choses.

A l'égard des serfs, on était dans l'usage de leur donner quelques portions de terre, modiques sans

Digitized by Google

doute, dont ils rendaient une espèce de tribut en denrées : *Frumenti modum dominus aut pectoris, aut vestis injungit colono.* Ces terres, ainsi que les personnes qui les cultivaient, étaient à la vérité grevées de servitude; mais certainement elles étaient en très petit nombre, et les parties, données en bénéfice par les premiers rois, étaient encore en plus petite quantité : mais ces dernières eussent-elles embrassé tout le royaume, on va voir qu'il n'en résulte rien contre la franchise des héritages.

Ces terres étaient absolument libres; on dit communément qu'elles étaient grevées du service militaire : c'est une erreur : ce service était d'obligation pour tous les hommes en état de porter les armes : le bénéficier devait combattre et mourir à côté de la personne du prince : ce devoir était le seul qu'imposât la possession d'un *bénéfice*, et l'on serait bien éloigné de regarder cet honneur comme une servitude. Au surplus, par le traité de Paris de l'année 615, tous les bénéfices furent rendus héréditaires; ceux qui en étaient pourvus, les possédèrent au même titre, et aussi librement que le reste de leur patrimoine; et depuis cette époque, jusqu'aux guerres de Charles Martel contre les Sarrasins, à l'exception de la petite quantité de terres distribuées aux serfs ou colons, il n'exista pas, dans toute l'étendue du royaume, le moindre vestige de ce que nous appelons aujourd'hui servitude

Charles Martel trouva l'expédient très simple, de payer le soldat avec les biens du clergé; il le dépouilla d'une partie de ses terres, qu'il donna aux principaux officiers de l'armée, sous la charge expresse du service militaire : voilà l'origine de nos fiefs et de nos droits seigneuriaux. Il est clair qu'ils n'étaient pas alors en grand nombre. Tel fut l'état des choses, jusque sur la fin de la seconde race. La franchise des héritages était donc alors générale dans le royaume; la servitude n'y formait qu'une exception, et même une exception très resserrée; ainsi la présomption était certainement alors en faveur de la liberté.

Cette règle, aujourd'hui si universellement adoptée, est, comme l'on voit, absolument contraire à l'état primitif des choses : puissant motif pour la suspecter. Née depuis la formation du gouvernement féodal, comment est-elle parvenue à dominer? Voici comment les choses se sont passées à cet égard.

La faiblesse des derniers rois de la seconde race, remplit la France d'une multitude de petits souverains : la couronne était tombée aux pieds de ces rois, nommés à si juste titre fainéans; et tous ceux qui étaient assez près pour y atteindre s'empressaient d'en arracher des lambeaux. Toutes les terres qui n'avaient point été données en bénéfice, étaient divisées en duchés et en comtés. Ces terres étaient allodiales et formaient au moins les deux tiers du royaume. Au gouvernement de chaque duché ou comté, était préposé un officier sous le titre de duc ou de comte, dont les fonctions étaient de rendre la justice, et de conduire à la guerre les hommes domiciliés dans son district. Ces officiers, d'abord amovibles, rendirent leurs gouvernemens héréditaires, et en firent autant de seigneuries patrimoniales. Un capitulaire, de l'an 877, autorisa cette usurpation, qu'il n'était plus temps de réprimer, et ces officiers se trouvèrent par-là dans la classe des seigneurs patrimoniaux; mais ils n'avaient encore que la justice dans leurs nouvelles seigneuries; leur ambition n'en fut pas satisfaite : ils voyaient à côté d'eux les propriétaires des anciens bénéfices jouir, sur les habitans de leurs terres, des droits qu'ils s'étaient réservés lors de la tradition des héritages. Aussi puissans qu'eux, pourquoi n'auraient-ils pas les mêmes prérogatives? c'était la logique du temps. Ce système d'oppression ne marcha d'abord que fort lentement. On avançait, on reculait, on s'arrêtait, suivant la force ou la faiblesse de ceux qu'on voulait asservir. Un événement en accéléra les progrès : ce fut la révolution qui porta les Capétiens sur le trône. Ce changement opéra pour quelque temps une espèce d'anarchie. On vit de tous côtés la prérogative royale reculer devant celle des seigneurs; la plupart se firent de leurs seigneuries des souverainetés réellement indépendantes, ne tenant plus au système général que par la vaine formalité de l'hommage. Quelle extension tous les droits seigneuriaux ne durent-ils pas recevoir dans ce moment de crise et d'oppression! Alors le gouvernement féodal changea de forme, et sa forme n'eut presque plus rien de commun à cet égard avec les nations voisines. Ces hommes, d'abord simples officiers amovibles, devenus depuis propriétaires des justices et des gouvernemens dont ils n'étaient que les administrateurs, se firent alors, du moins pour la plupart, seigneurs de fiefs, c'est-à-dire qu'ils exigerent de leurs justiciables les droits féodaux que les seigneurs de fief perçevaient dans leurs terres. L'auteur des *Observations sur l'histoire de France*, le judicieux abbé de Mably, présente ce tableau d'une manière aussi vraie que touchante. « Quand les comtes eurent changé leurs gouvernemens en des principautés héréditaires, ces nouveaux seigneurs exercèrent sur les bourgeois la même autorité que les autres seigneurs avaient acquise sur les vilains de leurs terres : les péages, les droits d'entrée, d'escart et de marché, se multiplièrent à l'infini; les villes furent sujettes comme les campagnes, à une taille arbitraire : vivres, meubles, chevaux, voitures, tout était enlevé : on eût dit que les maisons des bourgeois étaient au pillage ».

On voit déjà naître la règle que nous examinons. Long-temps concentrée dans le cœur des seigneurs, personne n'osait la mettre en maxime; mais on se conduisait comme si elle eût été universellement adoptée. Guillaume le Conquérant fut le premier qui en fit une loi. A peine affermi sur le trône d'Angleterre, il priva la plupart des terres de son nouveau royaume de leur ancienne franchise, et imposa aux propriétaires l'obligation de les relever du roi ou des seigneurs qui leur étaient designés. Ce fait nous est attesté par Polydore Virgile, liv. 8 :

Digitized by Google

Ac primùm omnium legem agrariam tulit, quâ se possessionum multarum dominum dixit; quâ priores domini eos posteà redimerent, quarum partis proprietatem retinuit; sit ut qui in posterum tempus possiderent, velut fructuarii, in singulos annos aliquid xectigalis sibi, et postmodùm successoribus, dominii causâ, persolverent: et id juris voluit alios dominos in suos habere fructuarios, quos tenentes vocant. Spelleman appelle les ordonnances de Guillaume sur cet objet, *novas consuetudines, quas jure feodali atrociter suscitavit.* Spelleman avait raison de dire que ces coutumes étaient nouvelles. Les lois d'Edouard le Confesseur, qu'on suivait à l'époque de la conquête, ne contenaient rien de pareil. Guillaume avait apporté le germe de cette coutume de ses anciens états, et il lui donna toute l'extension que les circonstances permirent. C'est déjà un violent préjugé contre cette règle, de s'être montrée pour la première fois sous les auspices de la force et dans la confusion des conquêtes.

Ses progrès ne furent pas si rapides en France. Malgré les mouvemens irréguliers du corps politique, on conservait encore la mémoire des anciens usages. Un événement en prolongea la durée : c'est un des biens qu'ont faits les croisades. L'éloignement des seigneurs laissa quelque temps respirer leurs sujets; mais le retour fit renaître la vexation. Les seigneurs ruinés par la guerre et les voyages, prirent toutes sortes de moyens pour donner de l'extension à leurs droits. Une innovation politique leur fournit enfin le prétexte d'ériger en maxime cette règle qu'on tentait depuis long-temps d'introduire. Le droit des appels s'introduisit pendant le treizième et le quatorzième siècle. Les établissemens de saint Louis préparèrent les esprits à ce changement; l'habileté de Philippe le Bel y familiarisa; et les efforts du parlement pour ressaisir le roi de la puissance législative, achevèrent la révolution. Dans la vue de ramener tout à ce principe d'unité qui fait la force et l'essence des monarchies, ce tribunal établit pour loi fondamentale qu'il n'y avait pas de justice allodiale. Cette loi devint bientôt un axiome de notre droit français, et les praticiens prirent l'habitude de l'exprimer par ces mots: *nulle terre sans seigneur.* A peine cette règle fut-elle établie qu'on en abusa. Perdant de vue son objet primitif et vraiment sacré, on appliqua à la directe ce qui n'avait trait qu'à la justice.

Dans le quinzième siècle, on procéda à la réformation des coutumes; les seigneurs, les ecclésiastiques, tous les propriétaires de fiefs se présentèrent armés de cette règle et firent les plus grands efforts pour la faire prévaloir. Il ne faut que lire les procès-verbaux des coutumes pour voir combien cette règle révoltait encore les esprits. Dans la plupart, on voit les seigneurs et le tiers-état aux prises sur cet objet, le tiers-état assurer que cette règle est aussi nouvelle que pernicieuse, et les commissaires réformateurs incertains renvoyer au parlement la décision d'une difficulté si nouvelle.

Il paraît, cependant, que dès le milieu du quinzième siècle, la règle avait déjà acquis une sorte de consistance; les seigneurs de Bretagne parvinrent à la faire insérer dans la coutume de cette province rédigée en 1440 : elle y était conçue en ces termes : *Homme ne peut tenir terre sans seigneur.* — Cependant il s'en fallait bien qu'à cette époque, et même long-temps après, cette opinion fût universellement adoptée. On ne trouve rien dans la rédaction de la coutume de Paris faite en 1510, qui ait trait à un asservissement général. Dans la réformation de la coutume de Bretagne en 1539, on alla même jusqu'à supprimer l'article *homme ne peut tenir*, etc. inséré dans la rédaction de 1440. — Alors parut une foule de praticiens qui réunirent leurs efforts en faveur de cette règle : ils étaient intéressés à la faire prévaloir; les règles générales servent de point d'appui à l'esprit, et d'asile à l'ignorance. Au milieu d'eux s'éleva Dumoulin; seul, il se mit au-devant du préjugé; il voulut arrêter le torrent qui allait effacer les derniers vestiges de nos anciens usages; il lit voir l'équivoque dans laquelle on était tombé; il rappela le principe à son véritable objet; il démontra qu'il ne pouvait avoir d'application qu'à la justice. On attribuait cette règle au chancelier Duprat; on disait qu'il l'avait fait insérer dans les registres de la chambre des comptes. Dumoulin vérifia ce fait important, et il assure que les premiers magistrats de cette cour lui ont unanimement répondu qu'ils n'en avaient aucune connaissance. — Il y avait trop de personnes intéressées à ce que Dumoulin eût tort; le cri de la justice fut étouffé par celui de la multitude, et la règle s'enracina plus que jamais dans les esprits; presque toutes les coutumes réformées depuis le milieu du seizième siècle, en portent l'empreinte; et même on la rétablit en 1580, dans la coutume de Bretagne.

Les seigneurs ne furent pas satisfaits de l'avantage qu'ils avaient remporté sur le tiers-état dans les rédactions des coutumes; aux états de Blois, ils combinèrent leurs efforts pour asservir, d'un seul coup, toutes les terres du royaume. Dans le cahier présenté au roi le 30 janvier 1577, ils demandèrent que toutes les terres fussent déclarées feodales ou censuelles. Le roi ne crut point devoir accueillir cette demande; mais les seigneurs ont continué d'agir comme si leur prétention, à cet égard, était autorisée par une loi précise, et la règle *nulle terre sans seigneur* est aujourd'hui dans toutes les bouches.

Tels sont et l'origine et les progrès de cette règle aujourd'hui si universellement reçue. Je ne dis pas qu'elle soit injuste à tous égards et que tous les seigneurs en aient abusé pour se faire des censitaires : je sais qu'il y a des censives légitimes; que dans tous les temps, il s'est trouvé des hommes justes et sensibles; que même encore aujourd'hui la plupart des habitans de la campagne ne connaissent leurs seigneurs que par les bienfaits qu'ils en reçoivent. Je remarque simplement que sous la première race, les deux tiers de la France, au moins, étaient francs et libres; que les terres allodiales étaient soumises

Digitized by Google

au gouvernement des ducs et des comtes ; que si dans le neuvième siècle, ces officiers rendirent leurs gouvernemens héréditaires, ils ne devinrent pas pour cela seigneurs directs, parceque toutes les terres qui n'avaient pas été données en bénéfice, étaient du moins libres, et que n'étant dépositaires que de la justice, ils ne purent usurper que la justice. Je demande après cela si, en rapprochant de l'ancien état des choses, le grand nombre de censives actuellement existantes, il est possible de donner que la plupart ne doivent leur existence à l'injustice et à la force ? Je demande si loin de donner de l'extension à la règle *nulle terre sans seigneur*, il ne serait pas beaucoup plus prudent de la restreindre dans les bornes les plus étroites ? Je demande, enfin, si la présomption générale de directe qui dérive de cette règle, n'est pas une suite de l'injustice qui l'a fait établir ? — Encore un mot : qu'est-ce que cette prétendue règle ? un simple brocard de droit sans aucune espèce d'authenticité, également contraire et à la loi naturelle et aux monumens de notre histoire et à l'ancien état des choses, reçu par tradition, adopté sur parole, et dans tous les temps combattu par les hommes les plus éclairés. (*M. H....*)*

[[L'injustice et l'abus contre lequel a réclamé avec tant de raison le judicieux et savant auteur de cet article, ont été réparés par la loi du 15 mars 1790, tit. 3, art. 3 : « Les contestations (y est-il dit) sur l'existence ou la quotité des droits énoncés dans l'art. précédent, seront décidées d'après les preuves autorisées par les statuts, coutumes et règles observées jusqu'à présent ; sans néanmoins que, hors des coutumes qui en disposent autrement, l'Enclave puisse servir de prétexte pour assujettir un héritage à des prestations qui ne sont point énoncées dans les titres directement applicables à cet héritage, quoiqu'elles le soient dans les titres relatifs aux héritages dont il est environné et circonscrit ».

Mais dans la suite on a été beaucoup plus loin. La loi du 17 juillet 1793 a supprimé tous les droits féodaux et seigneuriaux que l'assemblée constituante avait maintenus comme droits fonciers. *V. Cens, Champart, Fief* et *Rente seigneuriale.*]]

ENCLOS. *V. Clos* et *Clôture.*

* ENCLUME. Masse de fer sur laquelle on bat le fer, l'argent et les autres métaux.

On regarde une Enclume comme faisant partie de la forge pour laquelle elle est destinée ; de sorte qu'en vendant cette forge, la vente de l'Enclume y est comprise, à moins qu'on n'eu ait fait une exception particulière.

Lorsque l'Enclume est détachée de la forge, elle est alors simplement un objet mobilier ; elle n'est immeuble, comme la forge, qu'autant qu'elle y a été placée à destination perpétuelle. *V. Biens* et *Meubles.* (*M. Guyot.*)*

* ENCROUÉ. Terme d'eaux et forêts. Il se dit d'un arbre qui est tombé sur un autre lorsqu'on l'abattait, et qui s'est embarrassé dans ses branches.

L'art. 43 du tit. 15 de l'ordonnance des eaux et forêts, enjoint aux marchands de veiller à ce que les arbres soient abattus de manière qu'ils tombent dans les ventes sans endommager les arbres retenus, à peine de tous dépens, dommages et intérêts ; et s'il arrive que quelqu'un de leurs arbres demeure Encroué, ils ne peuvent faire abattre l'arbre auquel il est accroché, sans la permission du grand-maître ou des officiers, qui ne peuvent l'accorder, qu'après avoir pourvu à l'indemnité du roi. (M. Guyot)*.

* ENDORMEURS. Ce mot est usité depuis peu en matière criminelle, pour qualifier une nouvelle classe de scélérats inconnus jusqu'à nos jours. La capitale et les provinces en ont été infestées pendant plusieurs mois.

Leur crime consistait à mêler dans la boisson ou dans les alimens de la personne qu'ils voulaient endormir, une poudre soporative dont l'effet était aussi rapide que dangereux. En peu d'instans, la personne qui avait bu la liqueur ou mangé les mets chargés de cette poudre, était surprise d'un sommeil léthargique qui continuait quelquefois plusieurs jours, et dont elle ne sortait qu'avec des vomissemens considérables et des douleurs d'entrailles semblables à celles que cause le poison. La poudre dont se servaient le plus ordinairement ces Endormeurs, était faite avec une plante appelée par les naturalistes *strammonium*, et vulgairement pomme épineuse. — Plusieurs personnes étaient mortes, ou pendant ce sommeil, ou des suites de cet assoupissement forcé. On sent aisément quel abus faisaient ces Endormeurs d'une découverte aussi pernicieuse. Il leur était facile d'enlever l'universalité du mobilier d'un individu isolé, dont la disparition, surtout dans les premiers instans, n'excite pas toujours une sensation bien considérable. — Ils pouvaient encore en tirer un autre avantage contre les personnes du sexe, dont la léthargie les livrait à toute leur brutalité.

L'effroi général dont tout le monde fut saisi, redoublait chaque jour : le récit de quelque nouveau crime de ce genre, donnait lieu à quantité de fables que la crédulité publique ne manquait pas d'accueillir suivant l'usage. On publiait que les Endormeurs ne possédaient pas seulement le secret d'assoupir par une poudre mêlée dans des alimens ; on ajoutait que la mixtion de cette poudre avec le tabac produisait le même effet ; et à l'appui de cette assertion, on racontait je ne sais combien de faits : il est certain qu'il n'y eut jamais aucune personne assoupie de cette manière.

Quoi qu'il en soit, les magistrats et les officiers de police redoublèrent de zèle pour découvrir ces scélérats et leurs complices : en peu de mois on instruisit le procès d'un très grand nombre, et la sévérité des exemples qui ont été faits, paraît avoir effrayé les coupables et rassuré la société. Quelqu'incomplet que soit notre Code criminel, on y trouve toujours des lois générales sur le vol, l'assassinat, le poison, etc. mais il n'y en avait aucune sur les assoupissemens provoqués, et les tribunaux ayant représenté au gouvernement la né-

Digitized by Google

cessité d'en publier une, la déclaration du 14 mars 1780 a ordonné l'exécution de l'édit du mois de juillet 1682, notamment de l'art. 6, et en conséquence que tous ceux qui seraient convaincus de s'être servis de vénéfices, poisons et de quelques plantes vénéneuses, indistinctement et sous quelques noms qu'elles fussent connues, seraient punis de mort, avec permission aux juges d'agraver le genre de supplice et de prononcer cumulativement la peine de la roue, et celle du feu suivant les circonstances. (M. Boucher d'Argis fils). *

[[Cette loi n'est pas renouvelée expressément par le Code pénal du 25 septembre 1791; mais elle l'est implicitement. V. *Poison.*]]

* ENDOSSEMENT. C'est ce qu'on écrit au dos d'un acte et qui y est relatif : ainsi la quittance qu'un créancier met au dos de l'obligation ou de la promesse de son débiteur, est un Endossement : mais ce mot se dit particulièrement de l'ordre que quelqu'un passe au profit d'un autre, au dos d'une lettre de change, d'un billet de change, ou d'un billet à ordre, qui était créé au profit de l'endosseur.— On peut faire consécutivement plusieurs de ces Endossemens; c'est-à-dire, que celui au profit de qui la lettre est endossée, met lui-même son Endossement au profit d'un autre.

Un Endossement est ordinairement conçu en ces termes : *payez à un tel ou à son ordre, valeur reçue de lui comptant*, ou bien *en marchandises*.

I. Comme un Endossement est un contrat semblable à celui qui intervient par une lettre de change entre le tireur et celui qui en a fourni la valeur, il faut en conclure qu'il est sujet aux mêmes formalités que la lettre de change. Ainsi l'Endossement doit, suivant les véritables règles, être souscrit par l'endosseur, comme la lettre de change doit l'être par le tireur : et de même qu'une lettre de change contient le nom de celui qui en a fourni la valeur, et en quoi elle a été fournie, il faut qu'un Endossement contienne le nom de celui qui a payé la valeur à l'endosseur pour acquérir de lui la lettre de change, et si la valeur a été fournie en argent, en marchandise ou autrement.

Ces formalités sont prescrites par l'art. 23 du titre 5 de l'ordonnance du commerce, qui veut en outre que l'Endossement soit daté.

L'art. 26 du même titre défend les antidotes à peine de faux.

Le défaut de la date prescrite par l'ordonnance, peut-il être suppléé par la date d'un aval mis au bas de l'Endossement, ou par celle d'un acte de protêt fait à la requête de celui au profit de qui l'Endossement a eu lieu?—On peut dire pour l'affirmative, que l'Endossement devant précéder l'aval, et le protêt n'ayant pu être fait que depuis l'Endossement, la date de l'aval ou du protêt en assure une à l'endossement. — On peut au contraire soutenir la négative, en disant que le défaut de date ayant d'abord empêché que l'Endossement ne fût valable, et n'eût par conséquent transféré la propriété de la lettre de change à celui au profit duquel l'ordre a été passé, l'endosseur qui a conservé la propriété de la lettre, n'en doit pas être privé par l'aval ou par le protêt, puisque ce sont des actes auxquels il n'a en aucune part. Savary a embrassé cette dernière opinion.

Il ne peut, suivant l'esprit de l'ordonnance, résulter aucune action d'un Endossement en blanc; il faut que le nom y soit exprimé; mais il importe peu de quelle main cela se fasse, quand même ce serait de celle de la personne au profit de laquelle l'Endossement est fait : il suffit, pour qu'il soit valable, qu'il contienne les choses dont on a parlé.

Tout Endossement où l'on a omis quelqu'une des formalités prescrites par l'ordonnance, ne peut, aux termes de cette loi, être considéré que comme un simple ordre ou mandat de payer à la personne, et ne transfère ni la propriété de la lettre de change ni les droits et actions qui en résultent, à la personne au profit de laquelle l'ordre est passé.

Tel est, par exemple, cet Endossement; *pour moi paierez à un tel.* On n'y insère pas ces termes *ou à son ordre*, à moins que l'endosseur ne veuille que son mandataire ait la faculté de se substituer une autre personne pour l'exécution du mandat. On n'y insère pas non plus ces termes, *valeur reçue*, et c'est particulièrement en cela qu'un tel Endossement diffère de celui qui transporte la propriété de la lettre de change.

Le contrat qui résulte de cette sorte d'Endossement, est un contrat de mandat. En conséquence, celui à qui l'ordre est passé, s'oblige en sa qualité de mandataire envers l'endosseur propriétaire de la lettre de change, à la faire accepter si elle ne l'est pas encore, à aller à l'échéance recevoir le paiement de la lettre de change, et à la faire protester à défaut d'acceptation ou de paiement. L'endosseur s'oblige de son côté à indemniser le mandataire de toutes les dépenses qu'il aura faites pour l'exécution du mandat.

On reste, l'ordonnance établit positivement que l'endosseur demeurant toujours propriétaire, ses créanciers peuvent, nonobstant un tel Endossement, saisir et arrêter la somme portée par la lettre de change, entre les mains de celui sur qui elle est tirée, sans que celui au profit duquel il a été passé un ordre antérieur, puisse s'y opposer. De même si celui sur qui la lettre est tirée est créancier de l'endosseur, il peut opposer la compensation au porteur de l'ordre. Ce sont les dispositions de l'art. 25 du titre cité.

[Mais ces dispositions ne sont plus observées entre les banquiers, négocians et marchands.

On trouve bien dans le Recueil de Savary, intitulé le *Parfait Négociant*, un arrêt du parlement de Paris du 21 mai 1681, qui juge, en confirmant une sentence du consulat de Tours du 21 juillet 1679, qu'un ordre qui n'est point daté, quoique causé pour valeur reçue comptant ou en marchandises ou autrement, n'est regardé que comme une simple procuration pour recevoir le montant de la lettre ou du billet de change. Mais depuis, *le*

Digitized by Google

temps qui change tout, a aussi changé la jurisprudence sur ce point.

Sans doute, on va dire que l'usage ne peut pas l'emporter sur la loi. Mais sans discuter ici cette maxime générale, sans prétendre en fixer les bornes, nous observerons qu'il est peu d'ordonnances auxquelles elle s'applique moins qu'à celle de 1673.

En effet, cette loi exige que les livres des marchands soient cotes et paraphés par le juge. Cependant tous les jours on ajoute foi, dans les tribunaux, à des registres qui ne sont pas revêtus de cette formalité.

Elle veut impérieusement, et à peine de nullité, que tous les actes de société soient enregistrés. Jamais néanmoins on n'a rejeté une action résultant d'une société, sous prétexte du défaut d'enregistrement.

Le législateur est donc censé avoir consenti qu'en matière de commerce, les dispositions de ses ordonnances pussent être modifiées, changées, anéanties même par l'usage; indulgence qui sans doute n'a pas eu d'autre motif que la faveur extrême du négoce, la nécessité d'en faciliter, d'en simplifier toutes les opérations, et le préjudice irréparable qui résulterait d'un attachement trop scrupuleux à des formalités qu'on a de bonne foi regardées comme superflues.

D'après cela, rien d'étonnant si, pour la forme des Endossemens, l'usage l'a emporté sur la loi.

Cet usage, qui paraît s'être introduit dès le commencement de ce siècle, a été déféré à M. le chancelier d'Aguesseau comme un abus que l'autorité souveraine devait réprimer. Quel a été l'avis de ce grand magistrat? Nous le voyons par sa lettre à M. le procureur général du parlement de Toulouse, en date du 8 septembre 1747. Voici comment elle est conçue: — « Je ne saurais mieux répondre à la consultation que vous me faites par votre lettre du 19 juillet dernier, sur l'affaire du sieur La Douse en particulier, et en général sur l'usage des Endossemens en blanc, qu'en vous envoyant l'avis d'un homme très instruit de toutes les matières du commerce, et sur-tout de celui qui se fait par la voie des lettres de change. La question y est traitée avec une clarté et une justesse qui ne laissent rien à désirer: je n'ai pas cru cependant devoir me contenter de cet avis, quelque solide qu'il soit; et je l'ai fait communiquer à tous MM. les commissaires du conseil qui composent le bureau du commerce, et qui sont pleinement au fait de ce qui regarde ces sortes de matières. Ils ont tous été du même sentiment que l'auteur de l'avis; et le parlement de Toulouse ne saurait mieux faire que de se conformer, dans ses arrêts, aux principes qui y sont établis: on y remarque fort bien que les abus dont la crainte a suspendu la décision du parlement, ne peuvent être mis dans la balance avec les grands avantages qui résultent, pour le bien et pour la facilité du commerce, de l'usage des billets au porteur et des Endossemens mis en blanc sur des lettres de change. Ainsi, ces abus sont du nombre de ceux que les lois humaines ne sauraient prévenir entièrement, et qui, ne pouvant causer que quelques inconvéniens particuliers, sont plus que compensés par l'utilité publique ».

Cette lettre, il faut en convenir, en approuvant l'usage des Endossemens en blanc, ne décide pas formellement si ces sortes d'Endossemens peuvent transférer la propriété des lettres ou billets de change qui en sont revêtus. Mais la jurisprudence a tranché la question: témoins trois arrêts récens, l'un du parlement de Paris, les deux autres du parlement de Flandre. — Voici l'espèce du premier.

Au commencement de l'année 1773, le sieur C..., négociant à Péronne, avait fourni au sieur Trepagne, recevenr général des aides de la même ville, des billets à ordre, souscrits par le sieur Dassonvilliers, pour la somme de 14,829 livres, reçue par le sieur C... La négociation était du 13 février 1773; la date était constante, ainsi que le fait de la valeur fournie par le sieur Trepagne. — Au mois d'avril de la même année, le sieur C... fit faillite. Le 15 du même mois, le sieur Dassonvilliers se transporta, avec deux notaires, chez le sieur Gauthier, directeur des aides, à qui le sieur Trepagne avait passé l'ordre des billets; il en requit la représentation, et fit constater qu'an dos de chaque billet étaient deux signatures, l'une du sieur C... *et fils*, l'autre du sieur Trepagne.— Le sieur Dassonvilliers refusa d'acquitter les billets à leur échéance, et prétendit que le sieur Gauthier n'en était pas propriétaire; que, suivant les art. 23 et 25 de l'ordonnance de 1673, tit. 5, l'Endossement du sieur C... ne pouvait être regardé comme un ordre translatif de propriété; que cette propriété résidait toujours dans la main du sieur C..., et que ses créanciers pouvaient par conséquent les réclamer, suivant les dispositions de la même ordonnance. Or, ajoutait le sieur Dassonvilliers, je suis créancier du sieur C..., qui ne m'a pas fourni la valeur des billets, et cela est prouvé par mes registres: donc je ne peux point être condamné à en acquitter le montant. — Une sentence du bailliage de Péronne, du 6 juillet 1775, a proscrit ces prétentions, et elle a été confirmée par un arrêt du 4 février 1777. — Ainsi l'on a jugé que les simples signatures mises au dos des lettres de change et billets, en transfèrent la propriété, du moins lorsque, comme dans l'espèce, la date de ces négociations est constante, et que la fourniture de la valeur est avouée. On n'a pas douté que les dispositions de l'ordonnance de 1673 ne fussent contraires à ce système; mais la cour s'est déterminée par l'usage généralement reçu dans le commerce, de négocier des billets par le moyen d'une simple signature mise au dos, et par l'inconvénient qu'il y aurait à porter atteinte à cet usage reconnu d'ailleurs par tous les tribunaux.

Les mêmes considérations avaient, deux années auparavant, fait rendre un arrêt semblable au parlement de Flandre.

Le sieur Vanacken, marchand à Douai, avait créé deux billets de 500 liv. chacun, à l'ordre du

Digitized by Google

sieur Nugues, trésorier des troupes dans la même ville, qui n'en ayant pas fourni la valeur, s'était obligé, par une reconnaissance particulière, de les payer tous deux, lors de l'échéance, à l'acquit et décharge du sieur Vanacken. — Le sieur Nugues, pressé par le besoin d'argent, avait négocié ces billets au profit du sieur de Biré, trésorier général des troupes au département de Flaudre, qui ne les avait cependant reçus qu'avec un endossement en blanc, et sous la condition qu'au premier envoi d'argent qu'il devrait faire au sieur Nugues pour la caisse des troupes, celui-ci les retirerait comme argent comptant. — Le moment de cet envoi arrivé, le sieur de Biré renvoya les deux billets au sieur Nugues. — Quelque temps après, le sieur Nugues, succombant sous le poids d'une foule de dettes qu'il avait contractées de toutes parts, abandonna sa maison et se retira. — En conséquence, les scellés furent apposés sur ses meubles, effets et papiers; le sieur de Biré, qui était présent à cette apposition, empêcha qu'on n'y comprit les deux billets dont on vient de parler; et il les retira, en soutenant qu'ils lui appartenaient comme représentant les fonds pour lesquels il les avait remis au sieur Nugues, ou que du moins il avait droit de les *retenir* jusqu'à ce que ces fonds, qui devaient en être le prix, fussent versés dans la caisse des troupes, conformément à la convention faite entre le sieur Nugues et lui. — Presque dans le même temps arriva l'échéance de ces deux billets. Le sieur de Biré, après avoir rempli de son nom l'ordre qui était jusqu'alors resté en blanc, en demanda paiement au sieur Vanacken. Sur le refus de celui-ci, assignation à l'audience consulaire des échevins de Douai. — Le sieur Vanacken opposait les mêmes raisons que fit depuis valoir le sieur Dassouvilliers dans l'espèce jugée au parlement de Paris en 1777. Au moment de la faillite du sieur Nugues, disait-il, mes billets n'étaient revêtus que d'Endossemens en blanc. Donc à cette époque, le sieur Nugues en était encore propriétaire; et le sieur de Biré n'a pas pu changer leur nature ni s'en rendre maître, en remplissant, après cette même époque, les blancs des deux Endossemens. — Le sieur de Biré répondait que les deux billets avaient été endossés en blanc à son profit avant la faillite du sieur Nugues; que d'après l'usage généralement reçu entre les negocians et gens d'affaires, cela seul avait suffi pour lui en transférer la propriété; que si par la suite il les avait remis au sieur Nugues, ce n'avait été que confidentiellement et sous une condition à laquelle celui-ci avait manqué. — Par sentence rendue en 1775, les échevins de Douai ont condamné le sieur Vanacken à payer les deux billets au sieur de Biré, sauf son recours contre le sieur Nugues.— Le sieur Vanacken a appelé de cette sentence, et il a été défendu avec toute la force possible; mais tous ses efforts ont été inutiles. — Par l'arrêt qui est intervenu, la sentence a été confirmée avec amende et dépens.

Le second arrêt que le parlement de Flandre a rendu sur cette matière, est du 7 avril 1784. Pour ne laisser aucun doute sur sa veritable espèce, je transcrirai ici le billet qui en a été l'objet.— « Cambrai, le 25 avril 1783. Au 18 décembre prochain, je paierai par cette lettre de change à l'ordre de M. Morel la somme de 501 livres valeur en compte avec ledit sieur, que vous passerez à icelui, et suivant l'avis de votre très humble serviteur. *Signé* Descamps, neveu ». — A côté était écrit : « à M. Flamarion, rue de la Grande-Truanderie, à Paris ». — Au dos : « Michel Morel ». — Plus bas : « pour moi payez à l'ordre de M. Rittier pour valeur reçue comptant. Haut-Villers, le 28 septembre 1785. *Signé* Lallemant, etc. ». — A l'échéance, le billet a été protesté, faute de paiement, à la requête du porteur de l'ordre du sieur Rittier, qui en conséquence a fait assigner le sieur Descamps devant les consuls de Lille. — Sentence par défaut, qui condamne le sieur Descamps à payer la valeur du billet avec intérêts, frais de protêt, etc. — Appel par le sieur Descamps. La cause portée à l'audience, je disais pour lui, que le billet dont il s'agissait avait été purement confidentiel entre Morel et Descamps; que même le premier était redevable de très grosses sommes au second; qu'en conséquence, et attendu le défaut d'inobservation des formalités prescrites par l'ordonnance, dans l'Endossement passé par Morel au profit de Rittier, Descamps pouvait opposer la compensation au porteur; et que si celui-ci ne convenait pas des créances de Descamps sur Morel, il n'y avait pas d'autre parti à prendre que d'ordonner l'intervention de Morel même. — A ces raisons (qui etaient accompagnées d'un autre moyen plus solide, mais dont il est inutile de parler ici), le défenseur de l'intimé n'a opposé rien qui méritât une réplique : il est même convenu que l'Endossement de Morel, en faveur de Rittier, n'avait pas rendu celui-ci propriétaire du billet, et il n'a pas paru soupçonner que l'usage eût là-dessus dérogé à l'ordonnance. — Mais les juges étaient trop éclairés pour ne pas suppléer à la faiblesse d'une pareille défense. Par l'arrêt cité, la cour a infirmé la sentence (pour des raisons qui n'ont aucun rapport à l'objet qui nous occupe ici), et néanmoins trouvant le principal suffisamment instruit, l'évoquant et y faisant droit, a condamné Descamps à payer au porteur le montant du billet dont il s'agissait.]

[[C'est ce qu'ont encore jugé deux arrêts du parlement d'Aix de 1732 et 1765, qui sont cités dans le *Journal du palais* de cette cour, *années* 1775 *à* 1778, page 281.

Mais il s'en trouve au même endroit, un autre de la même cour du 19 juillet 1777, qui juge dans un sens absolument opposé; et l'auteur du recueil cité observe que « cet arrêt fondé sur le texte de l'édit de 1673, est contraire à ce qui se pratique dans toutes les places de commerce, *à la jurisprudence universelle* de la France, et même à divers arrêts du parlement d'Aix, d'après lesquels on a toujours tenu pour maxime que l'Endossement en

blanc d'un effet de commerce, en transporte la propriété ».]]

[Prenons garde cependant de donner trop d'extension à cette jurisprudence. Elle a été introduite, comme nous l'avons dit, pour la facilité du commerce. Elle doit donc être limitée aux affaires de commerce même, et par conséquent elle ne peut avoir lieu qu'à l'égard des banquiers, négocians ou marchands entr'eux. A l'égard des particuliers qui ne sont ni marchands ni commerçans ni banquiers, l'ordonnance conserve toute l'intensité de son empire. C'est ce que le parlement de Flandre vient de juger dans l'espèce suivante :

Le sieur Coplo, fermier et marchand au village de Sancourt, près de Cambrai, était propriétaire d'un billet à ordre de 1,000 liv., payable en octobre 1783; il le remit, avec son Endossement en blanc, au sieur Besse, maître de pension au Cateau-Cambrésis; et à l'échéance, celui-ci le fit assigner en paiement au consulat de Lille. Là, le sieur Coplo prétendit qu'il n'avait point transporté le billet au sieur Besse, qu'il l'avait seulement chargé d'en recevoir le montant, et qu'ainsi le sieur Besse ne pouvait s'approprier ce qui ne lui avait été donné qu'à titre de confiance. A l'appui de cette prétention, le sieur Coplo produisit une lettre du sieur Besse; mais elle parut peu décisive, et le sieur Besse fit voir assez clairement qu'elle s'appliquait à un autre objet. En conséquence les consuls condamnèrent le sieur Coplo. Appel.— La cause portée à l'audience du parlement de Flandre, le sieur Coplo disait qu'aux termes de l'ordonnance de 1673, les Endossemens en blanc ne servaient que de mandats, et n'exproprialent point les porteurs de qui ils étaient signés. Il ajoutait, qu'à la vérité, l'usage et la jurisprudence avaient apporté quelque modification à cette règle, mais que c'était seulement entre marchands, pour la facilité du commerce, et parcequ'il était naturel de présumer que des personnes faites par état pour avoir entr'elles des relations d'affaires, ne s'étaient remis réciproquement des billets endossés en blanc que dans l'intention d'en transférer la propriété; presomption qui ne pouvait point avoir lieu du sieur Coplo au sieur Besse, puisque l'état de l'un n'avait rien de commun avec l'état de l'autre. — Le sieur Besse soutenait que le billet lui avait été donné en paiement de plusieurs voyages qu'il avait faits pour les affaires du sieur Coplo. Celui-ci ne niait pas les voyages, mais il disconvenait de les avoir payés de la manière que le prétendait le sieur Besse, et il disait que celui-ci était maître de le poursuivre pour ses déboursés et salaires. — Arrêt du 26 janvier 1784, qui met l'appellation et ce au néant, émendant, déboute le sieur Besse de sa demande, en affirmant par le sieur Coplo, qu'il ne lui a remis le billet dont il s'agit, que pour en recevoir le montant en son nom; ordonne que le billet sera rendu au sieur Coplo, et condamne le sieur Besse aux dépens. — Je plaidais dans cette cause pour le sieur Besse.

Le principe qui a servi de motif à cet arrêt, nous conduit à une autre decision non moins importante: c'est que d'un négociant à un agent de change, les Endossemens en blanc demeurent encore soumis aux dispositions de l'ordonnance, et ne sont nullement translatifs de propriété. C'est en effet ce qui a été jugé, au châtelet de Paris, par une sentence contradictoire, dont voici l'espèce.

Le sieur Berton, agent de change, est décédé le 18 décembre 1775; ses créanciers se sont présentés et chacun d'eux a fait valoir ses titres. — On a trouvé sous les scelles, 1°. trois billets souscrits par Pierre Turban, formant ensemble 9,000 liv.; 2°. un billet souscrit par le sieur Pontbled, de 8,256 livres, et tous portant l'Endossement en blanc du sieur Debont. Celui-ci a réclamé ces billets, et a soutenu que le simple Endossement en blanc, bien différent d'un ordre, n'avait pu en transférer à Berton la propriété; mais qu'il équivalait à une procuration ponr en recevoir le montant, dont l'effet n'avait pu être que de rendre le procureur seulement dépositaire. Il a cité les art. 23, 24 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance du commerce. — Le sieur Porcher est convenu de la disposition de ces textes, mais il a soutenu qu'elle était tombée en désuétude. — Le sieur Debout a répliqué que si l'usage avait dérogé à l'ordonnance, c'était uniquement pour le cas où il y avait lieu de présumer que le porteur de l'Endossement en blanc avait fourni la valeur de l'effet; que cette présomption ne pouvait pas être admise d'un négociant à un agent de change, puisque, suivant l'usage, quand le premier remet au second une lettre de change endossée en blanc, il n'a pas d'autre vue que de la lui faire négocier. — Ces moyens ont prevalu: par sentence du 31 mars 1778, le châtelet a admis la revendication du sieur Debont, de tous les effets trouvés sous les scellés, portant son Endossement en blanc.

On a publié la même année, dans certaines feuilles periodiques, que par-là il était jugé « que les art. 23, 24, 25 du tit. 5 de l'ordonnance du commerce sont en vigueur, et que le simple Endossement en blanc conserve à l'endosseur la propriété des billets, en quelques mains qu'ils se trouvent, et ne confère au porteur que la qualité de mandataire, à l'effet d'en recevoir le montant ». Il est évident que la sentence du châtelet n'a jugé rien moins que cela, et qu'on ne peut, sans en faire un abus manifeste, étendre aux négocians entre eux ce qu'elle a décidé entre un négociant et nn agent de change.

Cette sentence, au reste, est demeurée sans appel. Mais peu de temps après, la question qu'elle avait jugée s'est représentée au parlement de Paris. Voici de quelle manière on offrait à ce tribunal l'analyse de la difficulté qu'il avait à résondre. — « Le depôt de confiance que fait un négociant, de lettres de change munies de son simple Endossement en blanc, entre les mains d'un courtier de change, pour en faire la négociation, transfère-t-il à celui-ci la propriété des effets confiés, de manière qu'il puisse en disposer pour payer ses propres dettes? Ses créanciers les recevant sciemment et

Digitized by Google

dans le même état d'Endossement en blanc, peuvent-ils en être reputés et s'en croire legitimes propriétaires »?

Dans le fait, le 10 et le 20 février 1781, le sieur Pelletier confia au nommé Bullot, courtier de change, sept effets et lettres de change, avec son Endossement en blanc, sur divers particuliers, montant ensemble à la somme de 20,339 liv. 5 sols 6 den., pour les négocier et lui en remettre le produit. — Un mois avant cette opération, les sieurs Buob, négocians à Rouen, avaient aussi confié au sieur Bullot, et pour le même objet, des effets montant à 70,000 liv., sur lesquels il ne leur avait donné que de très faibles à-comptes, quoiqu'il en eût négocié plus de la moitié. — Les sieurs Buob désirant la rentrée de leurs fonds, et ne recevant aucune nouvelle du sieur Bullot, envoyèrent un de leurs commis à Paris, pour en avoir raison. — Bullot, n'ayant pu donner de motif au commis des sieurs Buob du placement de leurs fonds, intimide d'ailleurs par ce dernier, lui montra son portefeuille, et eut la facilité de lui remettre trois des sept effets du sieur Pelletier, montant ensemble à 10,887 liv., avec le simple Endossement en blanc du sieur Pelletier, dont ce commis des sieurs Buob ne fournissait aucune valeur; effets qui devaient servir à payer les sieurs Buob de ce que Bullot leur devait. Ce commis remit alors ces trois effets dans le même état entre les mains des sieurs Kornmann, pour le compte des sieurs Buob. — Le premier mars, Bullot disparaît, et, par-là, se constitue ouvertement en état de faillite; ses créanciers rendent plainte en banqueroute frauduleuse, et font apposer les scellés chez lui: le sieur Pelletier forme opposition aux scellés, à l'effet de revendiquer les traites qu'il a confiées à Bullot; mais ces traites ne se trouvent pas sous les scellés. Le sieur Pelletier forme aussi opposition entre les mains de ceux qui doivent payer les lettres de change. A leur échéance, les sieurs Kornmann mettent au-dessus de la signature *Pelletier*, l'ordre pour eux, *valeur en compte*, et font présenter les billets pour être payés; le banquier refuse, à cause de l'opposition; alors les sieurs Kornmann font assigner aux consuls le sieur Pelletier, pour le faire condamner au paiement de ces effets. — Le sieur Pelletier se défend en disant n'avoir reçu aucune valeur de ces effets, ni des sieurs Buob, ni des sieurs ornmann, qu'il ne connaît pas, et que ces effets ne peuvent leur être parvenus que par l'infidélité de Bullot, à qui il les avait donnés, à titre de dépôt, pour les négocier. — Les sieurs Kornmann convenant des faits, première sentence des consuls, qui donne acte au sieur Pelletier de l'aveu des sieurs Kornmann, qu'ils n'ont fourni aucune valeur des effets en question, ni au sieur Pelletier, ni à Bullot, et qu'ils les tiennent des sieurs Buob; et attendu qu'il n'appert d'aucun acte translatif de propriété en faveur des sieurs Buob, ordonne, avant faire droit, la comparution en personne des sieurs Buob, avec leurs livres de commerce. Cette sentence est suivie d'une autre aussi interlocutoire, qui, ajoutant à la première, ordonne pareillement la comparution du sieur Pelletier avec ses livres. Enfin, le 27 juin, sentence definitive qui condamne le sieur Pelletier au paiement du montant des effets par lui endossés, avec intérêts du jour de la demande et par corps, sauf son recours contre qui bon lui semblera. — Le sieur Pelletier a interjeté appel de ce jugement; il a été défendu par M. Blondel, qui s'est fondé sur deux points constans: le premier, que les Endossemens et signatures en blanc, mis au bas des lettres de change et autres effets négociables, tels que ceux qu'avait remis le sieur Pelletier à Bullot, ne sont pas des ordres, mais de simples mandats qui ne transfèrent aucune propriété, et ne servent que de pouvoir à celui qui en est le porteur, afin de toucher le montant de l'effet ainsi endossé, pour le compte de l'endosseur, seul propriétaire. « C'est ce que portent, a dit M. Blondel, les art. 23, 24 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. Il est vrai que, dans l'usage, les négocians entre eux ne suivent pas à la riguenr les dispositions de l'ordonnance, pour la facilité du commerce, et que, de négocians à négocians, l'Endossement et la signature en blanc sont regardés comme un ordre, et opèrent la translation de propriété de la part de l'endosseur, au profit de celui qui les prend; mais à l'égard de toute autre personne que les négocians, la loi est restée dans toute sa force ». — Le deuxième point sur lequel le sieur Pelletier a etayé sa défense, est que les agens et courtiers de change ne sont pas des négocians; qu'ils ne peuvent l'être tant qu'ils exercent l'agence et le courtage; et qu'ils ne sont que les dépositaires du commerce, les mandataires, à titre onérenx, des négocians qui les emploient; c'est ce que porte l'article premier du titre 2 de l'ordonnance de 1673; d'où M. Blondel a conclu que Bullot, courtier de change, ayant reçu du sieur Pelletier ses effets à titre de confiance, et ne pouvant être censé négociant, n'avait pu en transférer valablement la propriété à qui que ce fût; que dès-lors la demande des sieurs Kornmann à fin de paiement était mal fondée; et que la sentence qui avait adopté leur prétention devait être réformée. — Sur ces raisons, arrêt du 28 novembre 1781, qui a mis l'appellation et ce dont a été appelé au néant, émendant, décharge le sieur Pelletier des condamnations contre lui prononcées; condamne les sieurs Kornmann à rendre et restituer au sieur Pelletier les effets dont est question, ou à lui en payer la valeur; condamne le sieur Buob à tenir compte des mêmes effets aux sieurs Kornmann, et les condamne les uns et les autres aux dépens envers le sieur Pelletier.]

[[Depuis que les anciens tribunaux ont disparu, et avant la publication du Code de commerce, la cour de cassation a eu plusieurs fois occasion de prononcer sur des Endossemens en blanc; et comme, d'une part, elle est forcée par la loi de son institution, de respecter tous les jugemens qui ne contreviennent pas formellement aux lois; comme, d'un autre côté, elle ne peut

Digitized by Google

pas assimiler aux lois dont la violation puisse entraîner l'annullation des jugemens en dernier ressort, celles qui sont abolies par une désuétude générale, elle a toujours dû maintenir et les jugemens qui avaient refusé aux Endossemens en blanc l'effet de transmettre la propriété, et ceux qui leur avaient donné cet effet. — Mais les a-t-elle effectivement maintenus tous? On en jugera par la série chronologique des arrêts qu'elle a rendus sur cette matière.

Première espèce. Le 2 brumaire an 10, arrêt qui rejette le recours de la régie de l'enregistrement contre un jugement du tribunal de première instance de Genève, par lequel il avait été décidé qu'une lettre de change venant de l'étranger, peut recevoir, de la part d'un négociant français, un Endossement en blanc, avant d'avoir été présentée au timbre, et qu'il n'y a point alors de contravention à l'art. 15 du tit. 2 de la loi du 13 brumaire an 7, qui défend de *négocier*, accepter ou acquitter en France aucun effet négociable venant de l'étranger, s'il n'a été préalablement soumis au timbre ou au *visa* pour timbre. Cet arrêt est motivé sur ce « que le jugement attaqué, non seulement n'a violé aucune loi, en décidant que la signature mise au dos de la lettre de change dont il s'agit, n'en constituait l'acquit ni la négociation, mais qu'il s'est encore conformé aux art. 23 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, d'après lesquels une semblable signature ne doit servir que d'Endossement, sans que l'effet cesse d'appartenir à celui qui l'a endossé; et que cette loi doit avoir son effet contre la régie, comme entre particuliers, tant qu'il n'y est pas dérogé par une loi contraire ». — *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, pag. 246.

Deuxième espèce. Le sieur Piane avait souscrit deux billets payables à l'ordre du sieur Dervillers. — Celui-ci avait passé l'un de ces billets à l'ordre d'une personne qu'il n'avait désignée dans l'Endossement que par son prénom; et il avait mis au dos de l'autre sa simple signature. — A l'échéance de ces deux billets, le sieur Morin, qui s'en trouvait porteur, en demanda le paiement au sieur Piane. Mais sous le prétexte que les ordres n'étaient pas revêtus des formes prescrites par l'ordonnance de 1673, le sieur Piane en refusa le paiement. Condamné à les payer par arrêt de la cour d'appel de Metz du 3 pluviose an 9, il se pourvut en cassation; et du premier abord, sa requête fut admise. Mais l'affaire portée à la section civile, arrêt du 18 messidor an 10, au rapport de M. Vergès, qui rejette la demande du sieur Piane, — « Attendu qu'il est généralement reconnu dans le commerce, que les signatures en blanc, mises au dos des lettres de change, donnent au porteur qualité pour en réclamer le paiement; que sous ce rapport, Guillaume Morin a eu qualité pour demander le paiement des deux premiers effets qui étaient revêtus de la signature de Dervillers, et que les art. 23, 24 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 ne concernent que les intérêts des créanciers de l'endosseur, dans le cas où celui-ci est en état de faillite ».

Troisième espèce. Le 15 nivose an 7, Chemin souscrit au profit de Deshaies une lettre de change de 900 liv. Deshaies la remet à Lesage, avec un simple Endossement en blanc. A l'échéance, protêt. Lesage fait assigner Deshaies en remboursement de la traite. Deshaies répond: Cette lettre de change que vous prétendez vous appartenir, n'est point sortie de ma propriété, puisqu'elle n'est revêtue que d'un Endossement en blanc. Je ne vous l'ai confiée que pour en poursuivre le paiement, et à la charge de retenir sur la somme qui en forme le montant, celle de 100 l. que je vous dois. — Le 29 germinal an 7, jugement du tribunal de commerce de Bernay, qui, adoptant cette défense, et sous l'offre faite par Deshaies de payer 100 l. à Lesage, déboute celui-ci de sa demande. — Lesage se pourvoit en cassation, et soutient que ce jugement porte atteinte à l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 et aux art. 23 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. Mais par arrêt du 27 vendémiaire an 11, au rapport de M. Cassaigne, — « Considérant 1°. que la lettre de change et l'Endossement dont il s'agit ne portent point que Lesage en ait payé la valeur; que par suite, en décidant que cette lettre de change ne lui avait été remise que pour sûreté de 100 liv. qui lui étaient dues, le jugement attaqué n'a point contrevenu à la preuve écrite de cette lettre de change ni de l'Endossement; — Considérant 2°. que l'art. 23 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 porte expressément que les signatures au dos des lettres de change ne serviront que d'Endossement et non d'ordre, s'il n'est daté et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, marchandises ou autrement; que cet article ne comprend pas moins dans sa disposition générale, les parties contractantes que les tierces personnes intéressées; qu'ainsi, l'Endossement dont Lesage était porteur, ne contenant aucune des conditions voulues par cet article pour constituer un ordre, le jugement attaqué, en refusant à cet Endossement les effets de l'ordre, n'a contrevenu ni à l'article cité, ni à aucune autre disposition de l'ordonnance du commerce; — Le tribunal rejette.... ».

Quatrième espèce. Le 22 ventose an 3, Subert souscrit à l'ordre de Martin deux billets à ordre de 30,000 fr. chacun, payables le 30 messidor suivant. L'un de ces billets est transporté par Martin à Delebre, par Delebre à Belot, par Belot à la femme Servy, et par la femme Servy à Bourion. — A l'échéance, Bourion se trouve possesseur des deux billets; mais ne pouvant à cette époque en exiger le paiement qu'en assignats, il ne fait aucune poursuite. En l'an 8, il en fait protester un faute de paiement, et assigne Subert devant le tribunal de commerce de Nevers, où celui-ci est condamné par jugement du 8 germinal à lui en payer le montant; et cela dans le délai qui lui est accordé sur sa demande. — Quant à l'autre billet, Bourion ne le fait protester que le 8 nivose an 9; il le rend le même

Digitized by Google

jour à Belot, qui fait assigner Subert devant le tribunal de commerce de Paris. — Subert comparaît devant ce tribunal et met en fait que Belot n'est point propriétaire du billet; qu'il n'en a point fourni la valeur; qu'il n'est que le prête-nom de Martin, et que Martin a abusé de sa confiance, en négociant un effet que lui Subert n'avait signé que par *complaisance et à titre de service réciproque.* — Belot répond qu'il a légitimement acquis la propriété du billet. Il convient cependant, que le jour où le billet lui a été négocié, il n'était endossé par Martin et Delebre *qu'en blanc;* mais qu'en remplissant lui-même les blancs des deux Endossemens, avant de transporter le billet à la femme Servy, il n'a fait qu'une chose très licite et très ordinaire dans le commerce.— Le 12 prairial an 9, jugement qui, avant faire droit, ordonne que Belot justifiera devant le tribunal de commerce de Moulins, lieu de son domicile, qu'il a fourni la valeur du billet dont il s'agit. — Le 21 messidor suivant, Belot se présente devant le tribunal de commerce de Moulins, où il a précédemment fait citer Subert; et là, après avoir déclaré qu'en qualité de marchand forain, il n'a point tenu et n'a point dû tenir de registre, il subit un interrogatoire sur faits et articles, à la suite duquel les parties sont renvoyées à se pourvoir. — Le 24 thermidor de la même année, jugement du tribunal de commerce de Paris, qui, « vu le titre souscrit par Subert, et attendu que Belot est tiers-porteur », condamne Subert à payer la valeur du billet. — Subert appelle de ce jugement.— Le 29 ventose an 10, arrêt qui, avant faire droit, ordonne que Delebre, endosseur de Belot, sera appelé par la partie la plus diligente, pour s'expliquer sur l'ordre qui lui a été passé par Martin; et qu'à cet effet, Belot sera tenu d'indiquer son domicile. — Belot déclare qu'il ne connaît ni Delebre ni son domicile, et que ce n'est pas avec lui, mais par l'intermédiaire d'un courtier, nommé Prieur, qu'il a traité. — Le 10 prairial an 10, il fait signifier à Subert un extrait des registres de Prieur, énonçant la négociation que ce dernier lui a faite le 4 prairial an 3, d'un billet de 30,000 fr. appartenant à Delebre, qui le tenait de Martin, au profit duquel il avait été créé le 22 ventose précédent par Subert, et payable le 30 messidor de la même année. Le 30 du même mois, second arrêt qui ordonne que Prieur comparaîtra en personne, muni de ses registres. — Le 6 messidor suivant, Prieur comparaît et fait aux questions qui lui sont proposées, des réponses qui donnent lieu de croire, ou qu'il a perdu de vue les faits et les personnes, ou qu'il est de mauvaise foi. Par arrêt du même jour; — « Attendu que le billet dont il s'agit, était payable le 30 messidor an 3; que le protêt n'en a été fait que le 8 nivose an 9, à la requête de Bourion, demeurant à Moulins; — Attendu que c'est le 9 nivose, le lendemain du protêt, que Belot, demeurant aussi à Moulins, a formé demande contre Subert au tribunal de commerce de Paris, en condamnation du billet comme l'ayant remboursé; — Attendu qu'il est contre toute vraisemblance et contre tout ce qui se pratique généralement entre les commerçans, que Belot ait fait ce remboursement bénévole, puisqu'il était absolument affranchi de toute espèce de garantie par un laps de temps d'environ six années; — Attendu que le prétendu ordre passé par Delebre à Belot, frères, a été visiblement surchargé dans son contexte et dans sa date; — Attendu la déclaration de Prieur, courtier, qu'il ne connaît pas Belot et ne l'a jamais vu, quoiqu'il ait délivré certificat et que son livre porte que c'est à Belot qu'il a négocié le billet; qu'ensuite, pour couvrir cette supposition, il a déclaré que la négociation en avait été faite à Bellanger, courtier, pour le compte de Belot; — Attendu que la date la plus apparente de l'ordre passé par Delebre à Belot, est du 3 prairial, tandis que, d'après le livre représenté par Prieur, la prétendue négociation n'a été par lui faite que le 4 prairial; d'où il suit que si on pouvait attacher quelque confiance à cet ordre vicieux, il serait antidaté et faux; — Attendu que par la réunion des faits et des circonstances, il est démontré que Belot n'est ici qu'un prête-nom; — Le tribunal dit qu'il a été mal jugé.... Au principal, déclare Belot non recevable dans sa demande ». — Belot se pourvoit en cassation; et son défenseur, après avoir développé ses moyens, en présente ainsi le résumé: — « Il est constant, 1°. qu'il n'y aurait pas de sûreté dans le commerce, si les débiteurs à ordre pouvaient contester les droits des porteurs, et se dispenser ainsi d'en payer la valeur; 2°. que l'inscription de faux ou l'action en garantie contre le premier endosseur sont les seules voies légales qu'un débiteur puisse employer en pareil cas, et qu'aucune de ces voies n'a été employée dans l'espèce; 3°. qu'un titre de créance ne peut être écarté que par une preuve de paiement; 4°. que, dans l'espèce, il y a violation de la foi du commerce et du droit de propriété, en ce que, par la fin de non-recevoir prouoncée contre l'exposant, sous prétexte qu'il est prête-nom de Martin, ce dernier se trouve libéré envers l'exposant de tout recours en garantie, sans qu'il l'ait demandé, et que Subert se trouve également libéré envers Martin, sans l'avoir mis en cause; car il est jugé implicitement que Martin n'est pas propriétaire du billet, quoiqu'il soit souscrit à son ordre, pour valeur reçue; 5°. que néanmoins l'action de Martin n'étant pas formellement proscrite, il peut forcer l'exposant à lui restituer le billet sans bourse délier, et obliger Subert à le payer, comme et de la même manière que Subert a été obligé de payer les deux autres effets dont il est fait mention ci-dessus, de telle sorte que Martin recevra deux fois le montant du billet, et que l'exposant seul en souffrira la perte, quoique jamais Martin ne lui en ait conteste la propriété; 6°. que le titre de prête-nom de Martin ne pouvait fonder une fin de non-recevoir, puisqu'en supposant tous les ordres signés en blanc, l'exposant aurait été le mandataire, et qu'à ce titre il aurait eu action pour poursuivre le paiement, puisque l'ordonnance donne cette action à

Digitized by Google

tout porteur, soit comme propriétaire, soit comme fondé de pouvoir; 7°. que c'est ainsi que le tribunal de commerce de Paris avait vu et jugé la question; qu'elle avait été jugée de même par le tribunal civil de Nevers, pour raison d'ordres semblables, nonobstant les chicanes de Subert; 8°. que tel est aussi le vœu bien prononcé des art. 3, 23, 24, 25, 31 et 32 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 ». — Par arrêt du 29 brumaire an 13, au rapport de M. Busschop, — Vu les art. 3, 23, 24, 25, 31 et 32 du tit. 5 de l'ordonnance de commerce de 1673. — Considérant qu'il résulte des dispositions de ces articles, que les signatures mises au dos d'un effet négociable, par celui au profit duquel le billet a été souscrit, et par les endosseurs subséquens, suffisent pour donner au porteur qualité suffisante pour en poursuivre le paiement contre celui qui a souscrit un pareil billet; que les dispositions desdits articles relatives aux effets que doivent produire les Endossemens, selon les différentes formes dans lesquelles ils ont été faits, ne concernent que les seuls endosseurs ou leurs créanciers, et nullement les souscripteurs; d'où il suit que le défaut des formalités que l'ordonnance exige pour que la propriété d'un billet négociable puisse être valablement transmise au porteur, ne peut être opposé à celui-ci par le souscripteur du même billet; — Considérant dans l'espèce actuelle, que le billet de 30,000 liv. dont il s'agit, a été souscrit par Subert au profit de Martin; qu'en vertu de la signature de celui-ci et de Delebre, second endosseur, mises au dos dudit billet, Belot en est devenu porteur; et qu'ainsi il avait qualité suffisante pour en exiger le paiement; — Que néanmoins, par son arrêt du 11 messidor an 10, la cour d'appel de Paris a déclaré Belot non-recevable à exiger de Subert le paiement dudit billet, sous l'unique prétexte que les Endossemens en vertu desquels Belot était porteur, n'ayant pas été faits dans les formes voulues par la loi, pour lui en transmettre la propriété, il ne devait être considéré que comme un simple prête-nom; en quoi ladite cour d'appel a faussement appliqué les dispositions desdits articles de l'ordonnance de 1673;— la cour casse et annulle.... ».

Cet arrêt s'écarte-t-il de la règle à laquelle j'ai établi plus haut que la cour de cassation a dû s'attacher dans le jugement des demandes en cassation fondées ou sur la contravention aux art. 23, 24 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, concernant la forme des Endossemens, ou sur la contravention à l'usage qui a généralement dérogé à ces articles? Je ne le crois pas, et j'en trouve la preuve, selon dans la manière dont il est motivé, du moins dans la circonstance que le billet dont il s'agissait, ne devait plus être considéré, à l'époque des poursuites de Belot, comme ayant été endossé en blanc, ni par conséquent comme pouvant donner lieu à la question qui nous occupe.

En effet, il est universellement reconnu que, même dans l'esprit de l'ordonnance de 1673, l'Endossement en blanc vaut procuration non seulement pour recevoir à l'échéance le montant du billet ainsi endossé, mais encore pour transmettre la propriété de ce billet à un tiers quelconque; et que c'est en cela qu'il diffère de l'Endossement conçu en ces termes, *pour moi payez à un tel*, ou d'autres semblables, sans expression de valeur reçue, lequel, suivant l'ordonnance citée, ne constitue qu'un mandat pour recevoir. — Cela posé, autant il est clair que, dans le système de l'ordonnance, le porteur d'un effet de commerce endossé en son nom, par les mots *pour moi payez à un tel*, ne peut jamais en transmettre la propriété à un tiers, puisqu'il n'a de procuration que pour recevoir; autant il est certain que le porteur d'un effet de commerce revêtu d'un simple Endossement en blanc, peut en transmettre la propriété à qui il lui plaît, puisqu'il en a reçu le pouvoir de son endosseur propriétaire, et qu'il n'a besoin pour cela que de remplir le blanc de tout ce qu'exige l'art. 23. *Car il n'importe* (comme le dit Pothier, *du contrat de change*, n. 40, d'après Savary, tome 2, partère 8), *il n'importe de quelle main l'Endossement soit rempli; quand même il le serait de la main de la personne au profit de qui il est fait, il ne laisserait pas d'être valable, pourvu qu'il contienne toutes les choses requises ci-dessus.* — Ainsi, dans l'espèce que nous venons de rappeler, quoique Martin et Delebre n'eussent endossé qu'en blanc le billet dont il s'agissait, ils n'en étaient pas moins censés, même d'après le système de l'ordonnance de 1673, l'un avoir donné au porteur le pouvoir d'en transmettre la propriété à Delebre; l'autre, avoir donné au porteur le pouvoir d'en transmettre la propriété à Belot; et les blancs des deux endossemens se trouvant remplis conformément à l'ordonnance, au moment où Belot a intenté son action, il était par cela seul prouvé, et que le porteur de l'Endossement de Martin avait valablement transmis l'effet à Delebre, et que Belot avait été valablement saisi et approprié de l'effet par le porteur de l'Endossement de celui-ci.— Dès-lors, il ne pouvait pas, dans cette cause, être question de billet endossé en blanc, ni de billet endossé d'une manière informe; on ne pouvait, on ne devait voir dans cette cause, qu'un effet endossé avec une parfaite régularité; et pour le juger tel, on n'avait pas besoin de reprouver la dérogation apportée par l'usage au texte de l'ordonnance de 1673, relativement aux Endossemens en blanc.

Aussi l'arrêt du 29 brumaire an 13, ne s'explique-t-il pas sur cette dérogation; mais, je dois le dire, quoiqu'exact en soi, cet arrêt ne paraît pas motivé comme il eût dû l'être.—Il suppose que bien que l'effet soit, dans les mains de Belot, revêtu d'Endossemens conformes à l'ordonnance de 1673, on peut encore remonter à l'état où étaient ces Endossemens lorsque l'effet est sorti des mains de Martin et de Delebre; et cette supposition évidemment erronée, le conduisant à une autre qui ne l'est pas moins, savoir, que si ces Endossemens étaient, entre les mains de Martin et de Delebre, sujets à quelque exception

Digitized by Google

de la part de Subert, ils le seraient également entre les mains de Belot; il ne trouve, pour échapper à cette conséquence, d'autre ressource que de dire que le défaut des formalités que l'ordonnance exige pour que la propriété d'un billet négociable puisse être valablement transmise au porteur, ne peut être opposé à celui-ci par le souscripteur du même billet, assertion que j'avoue ne pouvoir concilier avec l'art. 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673.

En effet, cet article ne dit pas seulement *qu'au cas que l'Endossement ne soit pas dans la forme ci-dessus, les lettres seront réputées appartenir à celui qui les aura endossées, et pourront être saisies par ses créanciers;* il dit encore que dans le même cas, elles pourront être *compensées par ses redevables;* et si l'on médite bien ces mots, *compensées par ses redevables*, on sentira facilement que le *souscripteur* d'une lettre de change, c'est-à-dire l'homme qui l'a tirée ou endossée, et qui, de l'une ou de l'autre manière, s'en est constitué *redevable* envers celui qui l'a ensuite revêtue d'un Endossement informe, peut, lorsqu'il a lui-même une créance sur ce dernier, opposer au porteur de cet Endossement la compensation de cette créance, comme il aurait pu l'opposer à l'endosseur. C'est là en effet ce que font entendre les termes dont il s'agit, il est même impossible de leur donner un autre sens, et c'est dans ce sens qu'on les a constamment interprétés. — « L'Endossement (dit Pothier, n. 41) auquel manque quelqu'une des formalités requises...., ne transfère point la propriété de la lettre de change à la personne au profit de qui l'ordre est passé.....; d'où il suit que si celui sur qui la lettre est tirée, est créancier de l'endosseur, il peut opposer la compensation de ce qui lui est dû par l'endosseur, au porteur de son ordre; lequel, faute de quelqu'une desdites formalités dans l'Endossement, n'est point propriétaire de la lettre de change, et n'est réputé que comme un simple porteur d'ordre de l'endosseur. *C'est la disposition de l'art.* 25. »

Il n'est donc pas vrai que le vice d'un Endossement ne puisse jamais être opposé au porteur par celui qui a créé ou accepté la lettre de change; et ce que dit à cet égard l'arrêt du 29 brumaire an 13, est d'autant plus étonnant, que par celui du 27 vendémiaire an 11, rapporté ci-dessus (*troisième espèce*), la cour de cassation avait expressément déclaré que l'ordonnance de 1673 *ne comprend pas moins dans sa disposition générale* (concernant les Endossemens), *les PARTIES CONTRACTANTES que les tierces-personnes intéressées.*

Cinquième espèce. En messidor an 9, le sieur Lanchère tire de Metz deux lettres de change, *valeur en lui-même et à son ordre*, sur le sieur Recamier, banquier à Paris, et il les endosse au profit du sieur Granié, *valeur reçue.* — Le sieur Granié endosse l'une de ces lettres de change au profit des sieurs Samuel frères, *valeur reçue comptant.* Ceux-ci l'endossent au profit du sieur Worms, *valeur en compte*, mais ils ne datent point leur Endossement. — Quant à l'autre, le sieur Granié la transmet directement au sieur Worms, par un Endossement qu'il ne date pas non plus, mais qui est causé *valeur reçue.* — A l'échéance, protêt; et recours du sieur Worms contre le sieur Lanchère. — Celui-ci répond qu'il n'a créé les deux lettres de change que pour donner un crédit au sieur Granié; que le sieur Granié ne lui en a point payé la valeur; qu'il n'a pas transmis aux frères Samuel la propriété de la lettre de change que le sieur Worms tient de ces derniers; qu'il ne la leur a donnée qu'à titre de nantissement; qu'à l'égard de l'autre, le sieur Worms n'a pas pu en acquérir la propriété du sieur Granié, puisque le sieur Granié n'en était pas propriétaire; qu'au surplus, le défaut de date dans les deux Endossemens leur ôte le caractère d'ordre et les range dans la classe des simples procurations; que le sieur Worms est donc passible de toutes les exceptions que le tireur pourrait opposer au sieur Granié et aux frères Samuel; que tel est le vœu de l'art. 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673; et qu'il y a d'autant plus lieu de s'y tenir rigoureusement dans l'espèce, que les Endossemens, par cela seul qu'ils ne sont pas datés, paraissent avoir été faits depuis l'échéance des deux traites. — Nonobstant cette défense, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui, en confirmant un jugement du tribunal de commerce de la même ville, condamne le sieur Lanchère, par corps, au paiement des lettres de change. — Le sieur Lanchère se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 2 prairial an 13, au rapport de M. Bailly, — « Vu les art. 23, 24, 25 et 26 de l'ordonnance de 1673; — Considérant que ces articles ne s'appliquent point au tireur; que, quel que soit l'Endossement, il est tenu de remplir l'obligation personnelle qu'il a souscrite, de payer et de faire valoir la lettre de change; que cela résulte notamment de l'art. 25 qui est étranger au tireur (1), et qui ne donne le droit d'exciper des vices d'un Endossement qu'aux créanciers ou aux redevables de l'endosseur; que lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, du paiement de la lettre de change par un tireur qui l'a lui-même passée à une autre personne, peu importe que cet ordre n'ait point été accompagné d'une date particulière, parcequ'alors sa date est celle de la lettre même dont il est le complément; — Considérant, en ce qui concerne l'Endossement *en blanc*, envisagé en soi, que cette espèce d'Endossement est depuis long-temps d'un usage général; que cet usage s'est introduit pour la facilité du commerce; qu'il a lieu même pour les lettres de change qui, étant faites en la forme ordinaire, indiquent, dans leur contexte même, le nom de celui à qui elles doivent être payées, et de quelle manière il en a fourni la valeur au tireur; qu'en conséquence, on tient depuis long-temps pour principe dans les tribunaux comme dans le commerce, que la signature en blanc, au dos d'un effet de commerce, équivaut à un ordre, et transfère au porteur la pro-

(1) Même erreur que dans la rédaction de l'arrêt précédent. *V.* les observations placées à la suite de celui-ci.

Digitized by Google

priété de l'effet ainsi négocié, à moins qu'aux termes dudit art. 25, cet effet ne soit réclamé par les créanciers du signataire en blanc, ou dans le cas d'être compensé par ses redevables, circonstance particulière qui ne se rencontre pas dans l'affaire présente (1); — La cour rejette..... ».

Sixième espèce. L'arrêt suivant consacre de la manière la plus positive la doctrine établie ci-dessus (*quatrième espèce*), sur l'effet de l'Endossement en blanc qui se trouve rempli de tout ce qu'exige l'ordonnance de 1673, au moment où la lettre de change qui en est revêtue, est présentée à l'accepteur ou au tireur.

Le 27 brumaire an 12, Ferrandi et compagnie, negocians à Marseille, confient à André, avec leurs Endossemens en blanc, deux lettres de change sur Paris, et le chargent de les négocier pour leur compte. — Le 1er frimaire suivant, André disparaît, sans avoir rendu compte aux sieurs Ferrandi de sa négociation. — Les sieurs Ferrandi portent contre lui une plainte, par suite de laquelle le directeur du jury rend une ordonnance qui enjoint à tous les détenteurs des effets négociés par André, d'en faire leur déclaration. — Le 6 du même mois, Ignace Ventre, négociant à Marseille, se présente devant le directeur du jury, et lui « déclare que le 28 brumaire précédent, André lui a negocie les deux lettres de change dont il s'agit, et que l'ordre a été rempli en sa faveur, ensuite du paiement qu'il a fait audit André du montant desdites deux lettres de change ». — Les sieurs Ferrandi ayant formé opposition entre les mains des accepteurs, au paiement de ces traites, elles sont protestées à leur échéance; et en conséquence le sieur Ventre exerce son recours contre les sieurs Ferrandi. — Le 9 ventose de la même année, jugement par défaut du tribunal de commerce de Marseille, qui condamne les sieurs Ferrandi à rembourser le montant des deux traites, avec les intérêts, les frais de protêt et ceux de rechange. — Les sieurs Ferrandi appellent de ce jugement, et obtiennent, le 17 floréal an 13, un arrêt contradictoire, par lequel, « attendu qu'il est constant que les lettres de change ont passé entre les mains de Ventre en l'état d'un Endossement en blanc; que, d'après la disposition textuelle des art. 23, 24 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, les signatures au dos des lettres de change ne servent que d'Endossement et non d'ordre, s'il n'est daté et ne contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, marchandises ou autrement; que, d'après ce principe, la négociation d'une lettre de change dont l'ordre n'est pas rempli, est nulle, et qu'elle ne cesse d'être la propriété de celui qui en avait l'ordre légalement souscrit à son profit »; la cour d'Aix infirme le jugement dont est appel, déclare la négociation faite par André au profit du sieur Ventre, nulle et de nul effet; et, sur la demande du sieur Ventre, met les sieurs Ferrandi hors de cour. — Mais le sieur Ventre se pourvoit en cassation; et par arrêt du 17 août 1807, au rapport de M. Liborel, « vu les art. 23, 24 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673...; attendu que la cour d'appel d'Aix, au lieu d'examiner les questions de fait relatives à la manière dont André a négocié les lettres de change dont il s'agit, et sans déclarer si Ignace Ventre en avait ou non payé la valeur, a décidé en point de droit que l'Endossement en blanc n'autorise jamais le porteur à transférer, comme mandataire, la propriété de la lettre, ce qui est contraire au sens des articles ci-dessus transcrits de l'ordonnance de 1673; la cour casse et annulle... ».

Cet arrêt a été annoncé dans quelques journaux comme décidant que l'usage des Endossemens en blanc fait tellement loi, nonobstant les dispositions de l'ordonnance de 1673, que les cours ne peuvent contrevenir à cet usage, sans exposer leurs arrêts à la cassation. Mais il est évident que ce n'est point là ce qu'il a jugé; que la cour de cassation n'eût pas pu adopter une pareille doctrine, sans violer la loi fondamentale de son institution, suivant laquelle il n'y a que les contraventions aux lois qui puissent motiver la cassation d'un jugement en dernier ressort (*V. Appel*, sect. 1, §. 5); et qu'enfin le seul point qu'il décide, est que l'Endossement en blanc valant procuration pour transmettre, la transmission est faite selon le vœu de l'ordonnance de 1673, du moment que le porteur d'un effet endossé en blanc y a mis ou fait mettre un ordre régulier.

Septième espèce. Le 25 septembre 1803, le sieur Polito, de Messine, tire une lettre de change sur le sieur Polito, de Marseille. Cette lettre de change est transmise par le sieur Alberty, négociant à Gênes, aux sieurs Martin et Régis, négocians à Marseille. — Des mains de ceux-ci, elle passe, avec leur Endossement en blanc, dans celles d'André, qui disparaît, comme on l'a déjà dit, le 1er frimaire an 12, sans leur avoir rendu compte de la négociation qu'ils l'avaient chargé de faire de cette traite. — A l'échéance, la lettre de change est présentée par les sieurs Emeric frères, qui s'en disent propriétaires, comme l'ayant acquise d'André le 29 brumaire an 12; et à défaut de paiement, elle est protestée à leur requête. — Assignés par eux en remboursement, les sieurs Martin et Régis leur opposent la même exception que les sieurs Ferrandi avaient opposée au sieur Ventre. — Le 8 nivose an 14, jugement du tribunal de commerce de Marseille, qui condamne les sieurs Martin et Régis à rembourser aux sieurs Emeric le montant de la lettre de change. Appel. — Par arrêt du 12 août 1806, la cour d'Aix considère, 1°. que, suivant les art. 23 et 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, les Endossemens en blanc ne

(1) Elle n'y rencontrait bien, puisque le sieur Lauchère était à-la-fois créancier et *redevable* de l'endosseur Granier; et dès-lors, si l'art. 25 n'eût pas été complètement abrogé par l'usage, si l'usage, en admettant les Endossemens irréguliers que ni cet article ni le précédent ne prohibent, mais qu'ils réduisent au seul effet de simples procurations pour recevoir, n'eût pas tendu ces Endossemens translatifs de propriété entre banquiers et négocians, n'en doutons pas, la cour de cassation, au lieu de rejeter la réclamation du sieur Lauchère, aurait dû casser l'arrêt qui en était l'objet.

Digitized by Google

sont pas translatifs de propriété; que la disposition de ces articles est absolue, et autorise la réclamation de l'endosseur comme celle de ses créanciers; 2°. qu'André n'a été que le mandataire de Martin et Régis pour la négociation de la lettre de change dont il s'agit; que ceux-ci n'en ayant pas reçu le montant, et André ne l'ayant pas endossée en leur nom ni mentionnée dans ses registres, il s'ensuit qu'ils en sont restés propriétaires; 3°. qu'à la vérité, les frères Emeric représentent un bordereau de négociation signé par André; mais que ce bordereau n'indique ni le nom du tireur ni le nom de l'accepteur de la traite qu'il a pour objet, et qu'ainsi rien ne constate qu'il ait pour objet la lettre de change dont il s'agit; 4°. que d'ailleurs ce bordereau est daté du 30 brumaire an 12, et que les registres des frères Emeric fixent au 29 du même mois la négociation qu'ils prétendent avoir été faite à leur profit de cette lettre de change; 5°. qu'enfin les frères Emeric ont à se reprocher de n'avoir pas compris cet effet dans leur déclaration au directeur du jury; — Et par tous ces motifs, réformant le jugement du tribunal de commerce, elle déclare les frères Emeric non-recevables dans leur demande. — Recours en cassation de la part des frères Emeric. — Le succès de ce recours paraissait garanti par celui que le sieur Ventre avait obtenu, dans l'espèce précédente, le 17 août 1807. Mais il y avait entre les deux arrêts une différence d'un très grand poids pour la cour de cassation : le premier n'avait eu d'autre motif que la disposition de l'ordonnance de 1673 sur les Endossemens en blanc; le second était en outre motivé sur des faits desquels la cour d'appel d'Aix avait tiré la conséquence que les frères Emeric n'avaient pas acquis effectivement du mandataire des sieurs Martin et Pegis, la lettre de change dont il était question; et la cour de cassation n'était compétente ni pour juger ces faits, ni pour apprécier la conséquence à laquelle ils avaient conduit les magistrats d'Aix. — De là, l'arrêt de la section des requêtes du 25 novembre 1807, au rapport de M. Lachèze, qui, « attendu que les présomptions tirées par les juges d'appel des diverses circonstances consignées dan l'arrêt, étant venues à l'appui des dispositions de l'art. 23 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, il n'y a eu aucune atteinte au sens dans lequel le rapprochement des art. 24, 25 et 26 du même titre, peut faire entendre cet art. 23, rejette.... »

Huitième espèce. En novembre 1786, le sieur Baroud remet aux sieurs Tourton et Ravel, avec ses Endossemens en blanc, des billets souscrits solidairement à son ordre par les sieurs Montz, Grenus, Rougemont et autres. — Long-temps après, mais avant que ces billets soient prescrits, les sieurs Tourton et Ravel les présentent au sieur Montz, revêtus d'Endossemens en bonne forme, et en demandent le paiement. — Refus de les payer, fondé sur plusieurs motifs, notamment sur le fait que les billets n'étaient endossés qu'en blanc, lorsque le sieur Baroud s'en était dessaisi; d'où le sieur Montz conclud que le sieur Baroud en est encore propriétaire; et qu'il a le droit, aux termes de l'art. 25 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, d'en composer le montant avec les créances qu'il a sur celui-ci. — Condamné successivement par le tribunal du commerce et par la cour d'appel de Paris, le sieur Montz se pourvoit en cassation, et soutient, entr'autres choses, que « c'est par contravention à l'ordonnance, qu'on a attribué à des Endossemens primitivement irréguliers, tout l'effet d'un ordre plein; et privé les souscripteurs des billets dont il s'agit, du droit de faire valoir, soit la compensation, soit leurs autres exceptions contre Baroud ». — Mais par arrêt rendu au rapport de M. Henrion, et sur mes conclusions, le 26 novembre 1807, « attendu que l'Endossement des billets dont s'agit, étaient dans la forme légale, lors de la demande en paiement de ces billets...; la cour rejette..., ».

Il résulte de tous ces détails que la cour de cassation ne s'est jamais écartée, par rapport aux Endossemens en blanc, de la ligne sur laquelle elle a dû marcher, d'après la contrariété existante entre les dispositions de l'ordonnance de 1673 et l'usage général du commerce.

Du reste, aujourd'hui les dispositions de l'ordonnance de 1673 sur l'Endossement, sont rétablies dans toute leur vigueur par le premier livre du Code de commerce. Voici ce qu'il porte à cet égard :

« *Art.* 136. La propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'Endossement.

» 137. L'Endossement est daté : il exprime la valeur fournie. Il énonce le nom de celui à l'ordre de qui il est passé.

» 138. Si l'Endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précédent, il n'opère pas le transport; il n'est qu'une procuration. La lettre de change peut être saisie comme propriété de l'endosseur ».

De ces mots, *la valeur fournie*, peut-on inférer que l'Endossement pour *valeur en compte*, ne rend pas propriétaire celui à l'ordre duquel il est passé? non. Le Code de commerce n'a pas donné à ces expressions un sens différent de celui qu'elles avaient sous l'empire de l'ordonnance de 1673; et il est très constant que, sous l'empire de cette ordonnance, la propriété d'une lettre de change était valablement transférée par un Endossement causé *valeur en compte*. Voici un arrêt de la cour de cassation qui l'a ainsi jugé.

Le 7 vendémiaire an 7, la veuve Aget tire de Dunkerque une lettre de change de 4100 francs, à l'ordre du sieur Vancostein-Duverger, sur le sieur Deladreue, banquier à Paris, valeur reçue comptant et payable dans deux mois. — Le sieur Deladreue accepte cette lettre de change. — Le 11 du même mois, le sieur Vancostein-Duverger la passe à l'ordre du sieur Nysborck, valeur reçue comptant. — Le 19, le sieur Nysborck la passe à l'ordre du sieur Hayaert, qui l'endosse au profit du sieur Deladreue, accepteur, *valeur en compte*. — Le 17 frimaire an

Digitized by Google

7, jour de l'échéance, le sieur Deladreue, failli depuis quelque temps, fait protester la traite sur lui-même, et la renvoie au sieur Hayaert. — Celui-ci fait assigner la veuve Aget en remboursement. — La veuve Aget répond que le sieur Hayaert n'est plus propriétaire de la lettre de change, qu'il en a transmis la propriété au sieur Deladreue, et que le sieur Deladreue se trouvant à la fois créancier et débiteur du montant de cette traite, toute action est éteinte. — Nonobstant cette défense, jugement du tribunal de commerce de Dunkerque qui condamne la veuve Aget. — Appel. Le tribunal civil du département du Nord réforme ce jugement, et déclare qu'il y a eu confusion de la dette dans la personne du sieur Deladreue. — Le sieur Hayaert se pourvoit en cassation, et soutient qu'en jugeant ainsi, le tribunal civil du Nord a violé les art. 25 et 33 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. Il n'a pu, dit-il, s'opérer dans l'espèce aucune confusion. Car le sieur Deladreue n'était ni débiteur personnel, quoiqu'il eût accepté, ni créancier, quoiqu'il fût porteur d'un ordre causé valeur en compte. Le banquier n'est que le procureur *ad negotia* du tireur et des endosseurs. En acceptant, il ne dispense pas le tireur de lui remettre les fonds nécessaires pour payer. Or, ici la provision n'était point faite; le sieur Deladreue ne pouvait donc être considéré que comme mon procureur *ad negotia*. Je n'avais endossé la traite dont il s'agit, que *valeur en compte*, et par là, je n'en avais pas rendu le sieur Deladreue propriétaire; je l'avais seulement constitué mon mandataire, à l'effet de recevoir de lui-même, comme mandataire de la veuve Aget, et des deniers que celle-ci devait lui faire passer, la somme formant le montant de la lettre de change, pour en faire ensuite l'emploi que je lui indiquerais. — Ces raisons déterminent d'abord la section des requêtes à admettre le recours du sieur Hayaert. Mais l'affaire portée à la section civile, arrêt du 14 floréal an 9, au rapport de M. Borel, par lequel, — « Considérant que l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673, tit. 5, art. 24, admet pour légitime propriétaire d'une lettre de change celui du nom duquel l'ordre est rempli, toutes les fois que cet ordre est daté et contient le nom de celui qui a payé la valeur en argent, marchandises ou autrement; que les expressions *valeur en compte*, ne peuvent être regardées comme hypothétiques et suspendant les effets du transport légal opéré par un ordre dans les formes prescrites par l'art. 23, puisque celui au nom duquel ledit ordre est passé, conserve, aux termes de l'ordonnance, la faculté de transporter lui-même la propriété de la lettre de change passée à son ordre par un nouvel ordre conçu valeur en argent, marchandises ou autrement; — Considérant que, dans l'espèce, les formalités prescrites par ledit art. 23 de l'ordonnance susdatée, ont été remplies; que le banquier Deladreue devait être regardé comme légitime propriétaire, du jour de l'Endossement fait à son profit; que c'est à la requête dudit Deladreue et en énonçant comme légal et subsistant dans tous ses effets l'ordre passé en son nom, que le protêt de la lettre de change tirée par la veuve Aget a été fait par exploit du 17 frimaire an 7; que le transport légal étant opéré au profit dudit Deladreue, il a confondu en sa personne les qualités de créancier et de débiteur, et que l'extinction de la dette s'est opérée par l'effet de cette confusion; — Considérant en conséquence que le jugement attaqué a légitimement appliqué les principes à la cause, et n'a commis aucune contravention ni fausse application de l'ordonnance du commerce et des lois romaines; — Le tribunal rejette... »]]

II. Lorsqu'un Endossement contient les formalités prescrites par l'ordonnance, [ou qu'en étant destitué, il est fait entre banquiers ou marchands], le propriétaire a, suivant l'art. 33 du tit. 5 de l'ordonnance même, une action solidaire, tant contre le dernier endosseur qui lui a passé son ordre, que contre les précédens endosseurs et contre le tireur.

[[On vient de voir que le Code de commerce, en abrogeant l'ordonnance de 1673, en a emprunté toutes les dispositions relatives à la forme des Endossemens, et qu'il a rendu ces dispositions obligatoires entre les commerçans ni plus ni moins qu'elles l'étaient précédemment entre particuliers.

Du reste, il décide aussi, liv. 1, art. 140, comme l'ordonnance de 1673, que « tous ceux qui ont signé un endosse une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur ». Mais il ne faut pas conclure de cet article, comme on ne concluait pas de celui de l'ordonnance de 1673 dont il renouvelle la disposition, qu'un banquier-commissionnaire, par l'Endossement de la lettre de change qu'il achète sur la place pour le compte de son commettant, se rende envers celui-ci garant de la solvabilité de la personne sur laquelle cette lettre de change est tirée. *V.* l'arrêt de la cour de cassation du 12 fructidor an 10, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 251.]]

III. Une chose particulière à la cession qui se fait par l'Endossement d'une lettre de change, est que, par cette cession, celui au profit duquel l'ordre est passé, entre à l'instant dans tous les droits et actions de l'endosseur, sans qu'il soit besoin d'aucune signification à celui sur qui la lettre est tirée, ni à quelqu'autre personne que ce soit. Cette disposition de l'art. 24 du tit. 5 de l'ordonnance du commerce [[qui est renouvelée, comme on vient de le voir, par l'art. 136 du 1er livre du Code de commerce]], est une exception à la règle générale, qu'un transport ne saisit que quand on le signifie.

Quoique toutes les cessions et transports faits par quelqu'un dans les dix jours avant sa faillite, ne puissent, suivant la déclaration du 18 novembre 1702, produire aucun effet, l'usage a néanmoins établi qu'un Endossement fait la veille de la faillite de l'endosseur était valable, et transportait tous les droits résultans de la lettre de change, à celui qui en avait payé de bonne foi la valeur. Cet usage,

Digitized by Google

qui semble opposé à la déclaration citée, a été admis, afin qu'il ne fût point porté d'atteinte à la foi publique, sous laquelle se fait la négociation des lettres de change.

IV. Le débiteur d'une lettre ou d'un billet de change ne peut pas exiger de celui qui vient en demander le paiement, qu'il fasse vérifier ou même certifier la vérité des Endossemens; il peut seulement demander que celui qui se présente afin d'en toucher le montant, se fasse connaître pour être la personne au profit de laquelle le dernier ordre est passé.

Mais lorsqu'on soupçonne que le porteur d'un Endossement n'est que le prête-nom de son endosseur, qui veut éviter frauduleusement la compensation de la lettre de change avec ce qu'il doit personnellement au débiteur de cette lettre, celui-ci peut-il obliger ce porteur à affirmer la sincérité de l'ordre passé à son profit?

Denizart, au mot *Ordre*, dit que l'usage est pour la négative, et je l'ai fait ainsi juger au parlement de Flandre, en 1783. Voici l'espèce dans laquelle la question se présentait. — Le 15 novembre 1778, lettre de change créée par Rozet, à l'ordre du sieur Plagniol, négociant à Montpellier, payable le 31 décembre 1782. — Le 30 mai 1779, Endossement de la part du sieur Plagniol, au profit et ordre du sieur Firmin, valeur en compte. — Echéance, protêt, assignation aux consuls de Lille. — Rozet vient opposer que le sieur Firmin n'est pas propriétaire de la lettre de change, parceque le sieur Plagniol a signé son contrat d'atermoiement, et y a porté le montant de cette lettre de change; et que d'ailleurs ce contrat a été homologué par sentence des échevins d'Hautbourdin. — Le sieur Firmin répond que peu lui importent les arrangemens pris entre Rozet et Plagniol; que l'Endossement dont il est porteur, est revêtu des formes prescrites par l'art. 23 du tit. 5 de l'ordonnance, c'est-à-dire qu'il est daté, et contient le nom de celui qui en a payé la valeur en compte; qu'ainsi, aux termes de l'art. 24, ce billet lui appartient, et que, par une conséquence nécessaire et établie par l'art. 25, on ne peut lui opposer aucune exception résultante du fait de ceux qui lui ont transporté la lettre. — Rozet insiste, et soutient que le sieur Firmin n'est que le prête-nom du sieur Plagniol; en conséquence, il demande deux choses : la première, que le sieur Firmin ait à se purger par serment sur ce point; la seconde, que le sieur Plagniol soit mis en cause pour exercer son recours contre lui. — Le sieur Firmin réplique qu'il ne peut être question de mettre en cause le sieur Plagniol, parcequ'encore une fois les arrangemens faits entre le sieur Plagniol et Rozet lui sont absolument étrangers, et ne peuvent empêcher ni retarder l'effet de son action en paiement de la lettre de change dont il est propriétaire. — A l'égard de l'affirmation, le sieur Firmin ne se refuse point à la prêter, mais, par son silence, il laisse la chose à l'arbitrage du juge. — Là-dessus, les consuls prononcent en ces termes : *Vu le titre, nous adjugeons au demandeur les fins et conclusions de son exploit, à quoi condamnons le défendeur, et aux dépens.* — Appel par Rozet. — La cause portée à l'audience du parlement de Flandre, voici en substance ce que je disais pour le sieur Firmin :

« Les consuls ont décidé qu'il n'y a point lieu, non seulement d'ordonner l'intervention du sieur Plagniol, mais encore de faire prêter au sieur Firmin le serment auquel néanmoins celui-ci ne se refusait pas. — Qu'ils aient bien jugé sur le premier point, c'est une chose incontestable. Par l'article dernier du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, tous ceux qui ont créé ou endossé des lettres de change, sont tenus solidairement. Donc, je puis choisir à mon gré, ou le tireur ou l'endosseur de la lettre de change que j'ai en mains; et certainement l'effet du droit solidaire que j'ai contre l'un, ne doit pas être empêché ni retardé par le recours que celui-ci peut être fondé à former contre l'autre. — On opposerait en vain que tout plaideur qui a une action en garantie, soit formelle, soit simple, contre un tiers, est en droit de requérir son intervention.— Cette règle ne peut avoir lieu en matière de lettre de change, que dans le cas où la garantie est demandée par un endosseur contre un endosseur précédent, ou contre le tireur. Par exemple, dans l'espèce actuelle, si, au lieu d'attaquer le sieur Rozet, j'avais attaqué le sieur Plagniol, mon endosseur, et que celui-ci eût voulu mettre en cause le sieur Rozet, je n'aurais pas pu m'y opposer, parcequ'en prenant une lettre de change en paiement, j'ai su que ce recours pouvait avoir lieu, et j'ai dû par conséquent m'y attendre: mais il en doit être autrement au cas d'une convention passée entre le tireur et l'endosseur postérieurement à la création de la lettre de change et à l'insçu du porteur actuel. Alors, point de délai de garantie, parcequ'il n'a pas été possible que le porteur prévît une pareille convention, qu'il a dû s'attendre à suivre la marche ordinaire, et qu'il ne doit pas être dupe de sa bonne foi.— Quant à l'affirmation, point de refus du sieur Firmin de la prêter: il la prêtera même volontiers si la cour le trouve à propos, mais il n'y est point tenu; et s'il offre de le faire, ce n'est que pour manifester d'autant plus sa bonne foi. — Je dis qu'il n'y est point tenu, et cela est sensible. L'Endossement fait par le sieur Plagniol au profit du sieur Firmin, est, comme on l'a vu, revêtu de toutes les formes prescrites par l'art. 23 du tit. 5 de l'ordonnance, pour opérer une parfaite translation de propriété. Il n'est donc pas permis de croire qu'il n'en soit pas propriétaire. Muni d'un titre légal de propriété, il doit être à l'abri de tout soupçon : et comme il est de principe qu'on n'est pas tenu de jurer lorsqu'on a une preuve légale en sa faveur, il est clair que le sieur Firmin n'est obligé à aucune prestation de serment. — Ce principe est établi 1°. par le chap. 2, *de Probationibus*, aux décrétales; 2°. par deux arrêts du parlement de Paris, des 14 janvier 1625

Digitized by Google

et 16 mars 1637, rapportés au Journal des audiences, et qui jugent que *celui qui est fondé en contrat, n'est tenu de jurer de la vérité du contenu au contrat;* 3°. par trois arrêts du parlement de Bordeaux, des 9 juillet 1657, 26 juin 1703 et 29 janvier 1705 (rapportés par Lapeyrère, pages 113 et 226, édition de 1725), qui décident qu'en matière de lettres de change, *le serment ne peut être déféré au porteur, sur le fait de savoir s'il en a compté la valeur.* — Ainsi, en supposant quela cour ordonne au sieur Firmin d'affirmer, elle ne l'ordonnera que du consentement du sieur Firmin, et par conséquent le sieur Rozet devra toujours supporter les dépens».

Par arrêt du 12 mars 1783, la cour a mis purement et simplement l'appellation au néant, avec amende et dépens.

Cet arrêt est d'autant plus remarquable sur la question du serment, que le sieur Firmin ne refusait pas d'affirmer. Il a donc fallu, pour l'en dispenser, qu'on fût bien pénétré de la maxime générale, qu'un porteur d'Endossement n'est pas obligé de se purger par serment sur la sincérité de l'ordre passé à son profit.

Remarquez cependant que s'il y avait contre le porteur des commencemens de preuve de collusion avec son endosseur, il ne pourrait pas se refuser au serment.

C'est ce qu'atteste un acte de notoriété de la conservation de Lyon du 22 août 1732; et le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par arrêt du 29 janvier 1784 entre les sieurs Blanquart père et fils, appelans d'une sentence des consuls de Lille, et le sieur Maricourt, intimé. C'est par suite de cet arrêt qu'a été rendu celui du 19 mars de la même année, que nous avons rapporté à l'article *Affirmation.*]

[[Aujourd'hui, le serment ne peut être refusé dans aucun cas. Cela résulte de ce qu'il n'est derogé par aucune disposition du Code de commerce, aux art. 1358 et 1360 du Code Napoléon.]]

V. Nous avons déjà dit plusieurs fois, que le dernier porteur d'une lettre ou billet de change, a pour garans solidaires tous les endosseurs, tireurs et accepteurs; mais pour éviter qu'on ne lui oppose avec succès une fin de non recevoir, il doit poursuivre l'effet de cette garantie dans quinzaine à compter du lendemain du protêt, si les garans ne sont pas éloignés de plus de dix lieues: s'ils sont plus éloignés, les délais augmentent à raison d'un jour par cinq lieues.

Les delais fixés par l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance du commerce, sont plus longs pour les pays étrangers.

Ils sont de deux mois pourles personnes domiciliées en Angleterre, en Flandre on en Hollande; de trois mois pour celles qui sont domiciliées en Italie, en Allemagne on dans les cantons suisses; de quatre mois pour celles qui sont domiciliées en Espagne; et de six mois pour celles qui sont domiciliées en Portugal, en Suède ou en Danemarck. (M. Guyot.)

[[Voici quelles sont là-dessus les dispositions du 1er livre du Code de commerce:

« *Art.* 164. Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement, peut exercer son action en garantie ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, ou collectivement contre les endosseurs et le tireur. La même faculté existe pour chacun des endosseurs, à l'égard du tireur et des endosseurs qui le précèdent.

» 165. Si le porteur exerce le recours individuellement contre son cédant, il doit lui faire notifier le protêt, et, à défaut de remboursement, le faire citer en jugement dans les quinze jours qui suivent la date du protêt, si celui-ci réside dans la distance de cinq myriamètres

» Ce délai, à l'égard du cédant domicilié à plus de cinq myriamètres de l'endroit où la lettre de change était payable, sera augmenté d'un jour par deux myriamètres et demi excédant les cinq myriamètres.

» 166. Les lettres de change tirées de France et payables hors du territoire continental de la France, en Europe, étant protestées, les tireurs et endosseurs résidant en France seront poursuivis dans les délais ci-après: — De deux mois pour celles qui étaient payables en Corse, dans l'île d'Elbe ou de Capraja, en Angleterre, et dans les états limitrophes de la France; — De quatre mois pour celles qui étaient payables dans les autres états de l'Europe; — De six mois pour celles qui étaient payables aux Échelles du Levant et sur les côtes septentrionales de l'Afrique; — D'un an pour celles qui étaient payables aux côtes occidentales de l'Afrique, jusques et compris le cap de Bonne-Espérance, et dans les Indes occidentales; — De deux ans pour celles qui étaient payables dans les Indes orientales. — Ces délais seront observés dans les mêmes proportions, pour le recours à exercer contre les tireurs et endosseurs résidant dans les possessions françaises situées hors d'Europe. — Les délais ci-dessus de six mois, d'un an et de deux ans, seront doublés en temps de guerre maritime.

» 167. Si le porteur exerce son recours collectivement contre les endosseurs et le tireur, il jouit, à l'égard de chacun d'eux, du délai déterminé par les articles précédens. — Chacun des endosseurs a le droit d'exercer le même recours, ou individuellement, ou collectivement, dans le même délai. — A leur égard, le délai court du lendemain de la date de la citation en justice.

» 168. Après l'expiration des délais ci-dessus..., pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur de la lettre de change est déchu de tous droits contre les endosseurs.

» 169. Les endosseurs sont également déchus de toute action en garantie contre leurs cédans, après les délais ci-dessus prescrits, chacun en ce qui le concerne.

» 170. La même déchéance a lieu contre le por-

Digitized by Google

teur et les endosseurs, à l'égard du tireur lui-même, si ce dernier justifie qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre de change.—Le porteur, en ce cas, ne conserve d'action que contre celui sur qui la lettre de change était tirée.

» 171. Les effets de la déchéance prononcée par les trois articles précédens, cessent en faveur du porteur contre le tireur, ou contre celui des endosseurs qui, après l'expiration des délais fixés pour le protêt, la notification du protêt ou la citation en jugement, a reçu par compte, compensation ou autrement, les fonds destinés au paiement de la lettre de change... »]]

L'ordonnance de 1673 ne dit pas que chacun des endosseurs doit avoir, *en droit soi*, les mêmes délais pour poursuivre son cedant ou le tireur : mais l'usage est très constant là-dessus; et même ces délais ne courent contre chacun d'eux que du jour qu'il a été poursuivi, soit par le porteur, soit par un autre déjà poursuivi lui-même par ce dernier.

Rogue, *jurisprudence consulaire*, chap. 66, n. 6, fait sur la manière dont on doit, dans ce cas, calculer les délais, une observation très importante. « Il est à remarquer ici (dit-il), qu'il y a des porteurs de lettres et billets qui, après le protêt pour lettre, ou sommation pour billet, négligent de recourir à temps contre celui de qui ils tiennent l'effet; en sorte que, y ayant plusieurs endosseurs, ils font assigner le troisième ou le quatrième, prétendant qu'ils ont contre lui, autant de quinze jours, et de jours pour cinq lieues au-dessus des dix premières lieues, comme chaque endosseur a contre celui de qui il tient l'effet : c'est une erreur. Les délais, pour recourir, ne sont que chacun en droit soi; en sorte que, si le porteur veut se pourvoir tout de suite contre le tireur, ou contre le premier passeur d'ordre, laissant les autres à cause d'insolvabilité ou autres raisons, il doit recourir dans la quinzaine, à compter du protêt ou sommation, s'il n'est demeurant au-delà de dix ou quatorze lieues; car il faut quinze lieues pour que le porteur ait seize jours pour se pourvoir ». — Cette doctrine vient d'être confirmée par le parlement de Flandre. Voici le fait.

Une lettre de change de 2000 et quelques cents liv. payable à quatre usances, a été tirée de Dunkerque par le sieur Poreau, à l'ordre des sieurs Blanquart, négocians à Lille. Les sieurs Blanquart ont transporté cette lettre au sieur Frison, négociant à Landrecies; celui-ci l'a endossée au profit du sieur Vallienne, banquier à Paris, qui, à son tour, en a fait cession aux sieurs Tourton et Ravel, banquiers dans la même ville. — A l'échéance, arrivée le 21 decembre 1783, il ne s'est point trouvé de fonds chez les sieurs Frenel, qui, cependant, avaient accepté la lettre de change—Le 31 du même mois, l'effet a été protesté à la requête des sieurs Tourton et Ravel. Le 5 janvier 1784, le sieur Vallienne, à qui les sieurs Tourton et Ravel avaient remis cet effet avec le protêt qu'ils en avaient fait faire, a tiré sur les sieurs Blanquart, pour le montant de l'un et les frais de l'autre; en conséquence, les sieurs Blanquart ont été assignés le 15 février suivant, à la juridiction consulaire de Lille, pour se voir condamner à rembourser la valeur de la lettre de change. Les sieurs Blanquart ont opposé la prescription et la fin de non-recevoir établies par les art. 13, 14 et 15 du titre 5 de l'ordonnance de 1673 : mais les consuls n'y ont eu aucun égard; et par sentence du 16 février 1784, les sieurs Blanquart ont été condamnés au remboursement. — Appel. Voici comment ont raisonné les sieurs Blanquart.

« Suivant l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, tout cessionnaire de lettre de change protestée a le délai de quinzaine, outre un jour par cinq lieues, quand il y en a plus de dix de distance, pour recourir contre celui ou ceux de qui il tient cette lettre : ce délai, suivant l'art. 14, doit courir, à l'égard du porteur à la requête duquel le protêt a été fait, dès le lendemain du protêt même; et tous les auteurs ajoutent que, relativement aux endosseurs entr'eux, il court du lendemain de l'assignation en garantie qui leur a été donnée, chacun en droit soi; mais s'il n'y a pas eu d'assignation, et que le porteur ait été remboursé amiablement et par son endosseur, comme il est arrivé dans l'espèce, alors le délai dans lequel ce dernier est tenu de recourir contre celui des endosseurs précédens qu'il veut choisir, doit courir du jour qu'il a effectué ce remboursement. Or, ici, il est prouvé que le sieur Vallienne avait remboursé, et était, par conséquent, muni de toutes les pièces nécessaires pour agir, dès le 5 janvier 1784, puisqu'à cette époque, il a fait traite sur les sieurs Blanquart, pour le montant de la lettre protestée; donc le délai fatal a dû courir contre lui dès le 6 janvier 1784; et comme de Paris à Lille, la distance n'est que de 58 lieues, il est clair, d'après les dispositions de l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, que ce délai est expiré le 29 du même mois; donc en n'agissant que le 15 février suivant, le sieur Vallienne est venu 17 jours trop tard ». — Tels étaient les moyens des sieurs Blanquart.

Le sieur Vallienne (que je défendais) a répondu : — « Il est certain, qu'étant aux droits des sieurs Tourton, derniers porteurs de la lettre, je dois jouir des mêmes délais qu'eux. Or, les sieurs Tourton n'étaient pas obligés de m'assigner avant le 15 janvier; donc le terme dans lequel j'ai été tenu d'agir, n'a couru que du 16; en vain prétendez-vous que j'avais remboursé les sieurs Tourton dès le 5; d'abord, cela n'est prouvé nulle part; ils ont pu me confier la lettre protestée afin que je fisse moi-même les premières poursuites, pour en procurer le remboursement, et sans que, dans le fait, je l'eusse encore remboursée : ensuite, le remboursement que j'aurais pu leur faire à l'amiable, me priverait-il du délai dont j'aurais joui, si j'avais attendu qu'ils m'eussent poursuivi? Si j'avais attendu qu'ils m'eussent poursuivi, le temps dans lequel j'eusse

Digitized by Google

été tenu d'agir, n'eût couru que du 16 janvier; et parceque j'ai prevenu une mauvaise difficulté, on le ferait courir du 5? Non, cela ne serait ni juste ni raisonnable : la loi ne force personne de plaider; et certainement la condition de celui qui ne le fait pas, ne peut pas être pire que s'il soutenait obstinément une contestation mal fondée. Il est donc clair, conclait le sieur Vallienne, que je dois avoir en entier le delai dont les sieurs Tourton avaient droit de profiter; et que celui que j'ai de mon chef, n'a commencé à courir que du 16 janvier. — Cela posé (continuait le sieur Vallienne), il faut faire attention, 1°. que j'avais droit de recourir sur le sieur Frison de Landrecies, mon endosseur immédiat; et que vu la distance de Paris à Landrecies, il suffisait que mon exploit fût donné à son domicile le 6 février; 2°. que le sieur Frison, lui-même, aurait eu droit de recourir sur les sieurs Blanquart; et qu'attendu la distance de Landrecies à Lille, il n'aurait été obligé de les assigner que le 24 février; par conséquent, en les assignant, comme j'ai fait, le 15, il aurait devancé de 9 jours, le terme dans lequel il était renfermé : or, ce que j'aurais pu faire, en preuant ce circuit, ce que j'aurais pu faire par le ministère du sieur Frison, pourquoi ne le pourrais-je pas directement et en mon nom? D'un côté, je ne vous suis pas en préferant une voie à l'autre; je vous épargne, au contraire, des frais de procédures; de l'autre, comme endosseur du sieur Frison, je suis subrogé à tous ses droits, et par conséquent je dois profiter du delai dont il jouirait lui-même, si je l'avais mis dans le cas d'agir.

Nonobstant ces raisons que j'avais en la satisfaction de voir goûtées par les plus anciens avocats, arrêt est intervenu le 16 mars 1784, à la première chambre, par lequel la sentence des consuls de Lille a été infirmée, et le sieur Vallienne déclaré non recevable avec dépens.

[[J'ai découvert depuis que la même chose avait été jugée au même parlement, le 6 avril 1759. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, p. 249.

Au reste, j'ai su que le motif déterminant de l'arrêt de Vallienne, avait été que celui-ci, au moment où il avait intenté son action, était hors du delai prescrit pour agir de son chef contre Frison; et que conséquemment il ne pouvait pas se présenter comme étant aux droits de Frison lui-même, ni par suite se prévaloir du delai qu'aurait eu ce dernier, s'il eût été poursuivi dans le temps utile.

Il en aurait été autrement si, lors de l'assignation donnée à Blanquart, Vallienne eût encore pu poursuivre Frison; et c'est ce qui a été jugé par un arrêt de la même cour, du 23 mars 1786, dont on peut voir l'espèce dans le *Recueil* cité, tome 4, page 250.

Mais on ne pourrait plus juger de même sous l'empire du Code de commerce. *V.* l'art. 167 du premier livre de ce Code, qui est transcrit ci-dessus.]]

VI. Autre question. Pour que le porteur d'une lettre de change ou d'un billet protesté, soit censé recourir à temps contre les endosseurs, suffit-il qu'il leur fasse signifier le protêt dans les delais dont on vient de parler, ou faut-il aussi que dans les mêmes delais il les fasse citer en jugement?

De ces deux partis, le premier est adopté par Pothier, *Traité du contrat de change*, n. 149. « L'acte de dénonciation de protêt (dit-il), est un commencement de poursuite en garantie; il suffit pour satisfaire à l'article de l'ordonnance ci-dessus cité, qui porte que dans le délai par elle reglé, ceux qui auront tiré et endossé les lettres, seront poursuivis en garantie : il n'est pas nécessaire qu'il soit accompagné d'assignation. Le propriétaire de la lettre, après avoir fait faire cet acte de dénonciation, a tout le temps de cinq ans pour former ensuite sa demande, quand bon lui semblera; c'est l'avis de Savary, tome 2, parere 8 ».

Une erreur soutenue par de grands noms, ne cesse pas d'être une erreur; et l'ordonnance de 1673 prouve clairement que telle est, au moins quant aux lettres et aux billets de change, l'opinion de Savary et de Pothier. « Ceux (dit-elle, tit. 5, art. 13), qui auront tiré ou endossé les lettres, seront poursuivis en garantie dans la quinzaine ». L'art. 14 est encore plus exprès : les délais ci-dessus seront comptés du lendemain des protêts jusqu'au jour de *l'action en garantie* inclusivement ». L'art. 32 écarte absolument tous les doutes : « à faute du paiement du contenu dans un billet de change, le porteur *fera signifier ses diligences* à celui qui aura signé le billet ou l'ordre; *et l'assignation en garantie sera donnée dans les délais* ci-dessus prescrits pour les lettres de change ».

Ces dispositions sont claires et précises. Mais ce n'est pas tout. Elles ont encore l'avantage d'être confirmées par la jurisprudence. Ecoutons Denizart, au mot *Lettre de change:* « Il a été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux du 3 mai 1721, confirmatif d'un appointement rendu par les consuls de Baïonne, que la dénonciation du protêt ne suffit pas pour exercer une garantie; mais qu'il faut assigner les tireurs et endosseurs dans les délais portés par l'ordonnance; sans quoi, les portenrs perdent leur garantie, et les endosseurs peuvent leur opposer la fin de non-recevoir établie par l'art. 15 ».

[[A plus forte raison y aurait-il lieu à la fin de non-recevoir, si le protêt n'avait été notifié que par une simple lettre.— Le 12 décembre 1792, les sieurs Chardon père et fils, négocians à Sedan, tirent sur le sieur Monge, négociant à la Corogne, en Espagne, une lettre de change payable à leur ordre, à quatre-vingt-dix jours de date. Le sieur Monge accepte cette traite, et la renvoie aux sieurs Chardon qui la transmettent aux sieurs Vanrobais frères, négocians à Abbeville. — A son échéance, le 26 mars 1793, la traite est protestée faute de paiement. — Le 16 juillet suivant, les sieurs Vanrobais écrivent aux sieurs Chardon, et leur font part de ce protêt. — Le 20 du même mois, les sieurs Chardon leur accu-

Digitized by Google

sent la réception de leur lettre. — Le 13 ventose an 6, les sieurs Vanrobais font assigner les sieurs Chardon en remboursement de la traite protestée. — Jugement du tribunal civil du département des Ardennes, qui, en infirmant celui du tribunal de commerce de Sedan, et attendu que le défaut de poursuites dans le délai fixé par l'ordonnance de 1673, n'a pu être couvert par l'avis donné par une lettre missive, du protêt de la traite, déclare les sieurs Vanrobais non-recevables. — Les sieurs Vanrobais se pourvoient en cassation; et leur requête est admise. Mais, par arrêt contradictoire du 24 vendémiaire an 12, au rapport de M. Lasaudade, « vu les art. 15 et 16 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673; considérant que les sieurs Vanrobais ont laissé passer le délai prescrit par l'art. 13, sans avoir poursuivi en garantie les sieurs Chardon; que l'avis donné par lettre missive, du défaut de paiement, n'est point un équivalent admis par la loi, pour suppléer aux poursuites par elle exigées; le tribunal rejette..»

Mais du moins l'opinion de Savary et de Pothier ne doit-elle pas être suivie, lorsqu'il s'agit de simples billets à ordre?

Il est certain qu'avant la publication du Code de commerce, cette opinion ne contrariait aucune loi. *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 24 floréal an 13, rapportés à l'article *Protêt*.

Mais elle ne peut plus être aujourd'hui d'aucun poids. Cela résulte et de l'art. 168 du premier livre du Code de commerce, qui est transcrit ci-dessus, et de l'art. 187 du même livre, qui déclare applicables aux billets à ordre faits entre marchands, « toutes les dispositions relatives aux lettres de change et concernant... le protêt, les devoirs et les droits du porteur.....»]]

VII. Mais changeons la thèse, et supposons le cas inverse. Un porteur de lettre de change protestée a fait assigner son endosseur en garantie dans les délais prescrits par l'ordonnance, mais il a omis de lui faire signifier le protêt. Le défaut de cette signification le rend-il non recevable?

Pothier soutient la négative. « *Vice versâ*, dit-il, si le propriétaire de la lettre, après l'avoir fait protester avait assigné, dans le délai de l'ordonnance, le tireur ou les endosseurs, pour être condamnés à payer la lettre que celui sur qui elle est tirée a refusé de payer, quoiqu'il eût omis de leur donner en tête de l'exploit d'assignation, copie de l'acte de protêt, ce propriétaire sera censé avoir satisfait à l'ordonnance; car elle n'a dit autre chose, sinon que le tireur et les endosseurs seront poursuivis en garantie; elle ne dit point qu'on leur donnera copie du protêt; il est vrai que le protêt étant le fondement de la demande du propriétaire de la lettre contre eux, il doit leur en donner copie: mais c'est un principe constant, que le défaut d'avoir donné par l'exploit de demande, copie des pièces qui servent de fondement à la demande, n'emporte pas la nullité de la demande, et que la peine est seulement que les copies qui en seront données dans le cours de l'instance, n'entreront pas en taxe; et que les réponses qui y seront faites, seront aux dépens du demandeur. *Ordonnance de 1667, tit. 2, art. 6*».

Ainsi, selon Pothier, la simple signification du protêt supplée au défaut d'assignation, et la seule assignation couvre le défaut de signification du protêt.

Nous avons prouvé que cet auteur s'est trompé sur le premier point; ne craindrons-nous pas de dire qu'il s'est encore trompé sur le second? Les erreurs des hommes célèbres sont les plus dangereuses, parcequ'elles sont les plus susceptibles de progrès; ce sont par conséquent celles qu'il importe le plus de détruire. Ainsi, sans redouter le reproche d'une vanité présomptueuse, je vais rendre compte d'une espèce dans laquelle j'ai fait proscrire le sentiment de Pothier sur le point dont il s'agit ici.

Le sieur Lagarde, commis de l'intendance de Lille, a créé un billet à l'ordre du sieur Dinet de Vareille, avocat dans la même ville, qui l'a endossé au profit de la demoiselle Vanackre, marchande. — A l'échéance, ce billet a été protesté faute de paiement. Le douzième jour à compter du protêt, la demoiselle Vanackre a fait assigner le débiteur et l'endosseur, au siége échevinal de Lille, pour les faire condamner solidairement à lui payer la valeur du billet; mais elle n'a signifié le protêt qu'au premier. — Le sieur Dinet de Vareille a comparu sur l'assignation, et a demandé copie du protêt. — Il est à remarquer que cette demande a été faite avant l'expiration des quinze jours dans lesquels le protêt devait être dénoncé. — La demoiselle Vanackre n'y a point satisfait, et la quinzaine s'est écoulée sans dénonciation de protêt. — Le sieur Dinet de Vareille a soutenu alors que la demoiselle Vanackre était déchue de son action récursoire, faute de lui avoir dénoncé le protêt dans le terme prescrit par l'ordonnance. — De son côté, la demoiselle Vanackre, après avoir enfin donné copie du protêt, a prétendu qu'avant de contester au fond, le sieur Dinet de Vareille, qui reconnaissait sa signature mise au dos du billet, devait, par provision en *nantir* le montant. — Sentence des échevins de Lille qui l'ordonne ainsi. Appel au parlement de la part du sieur Dinet de Vareille. Requête en évocation du principal. Consentement de la demoiselle Vanackre à cette évocation. — La cause en cet état, on disait pour la demoiselle Vanackre que la décision de Pothier (rapportée ci-dessus) tranchait la question en sa faveur. — Voici ce que je répondais pour le sieur Dinet de Vareille:

« L'art. 32 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 exige impérieusement deux choses: la signification des diligences faites contre le débiteur, et l'assignation en garantie. — D'après cela, comment voudrait-on que la seule assignation en garantie, pût, sans signification de diligences, suffire pour mettre en règle un porteur d'effet négocié? Il est évident que ce serait faire violence à la lettre de la loi. —

Digitized by Google

Mais c'est trop peu dire : nous devons ajouter que ce serait forcer son esprit, et aller directement contre le but que s'est proposé le législateur, en prescrivant les deux formalités à la fois. — En effet chacune de ces formalités a son objet particulier. Le but de la signification des diligences ou de la dénonciation du protêt, est de mettre le donneur d'ordre à portée de recourir lui-même, soit contre ses propres endosseurs, soit contre le tireur ou débiteurs; c'est de lui fournir le titre qui seul peut fonder ce recours. Sans cette signification en effet comment pourrait-il agir? Comment prouverait-il, soit à ses endosseurs, soit au tireur, que le billet n'a pas été acquitté à son échéance? — Et s'il n'en a pas la preuve en mains, comment réussirait-il dans son action réeursoire? C'est donc pour l'avantage du donneur d'ordre que la dénonciation du protêt doit lui être faite; c'est en sa faveur que l'ordonnance le requiert: on ne peut donc pas la négliger impunément; car il nous est bien permis de renoncer à nos propres avantages, mais nous ne pouvons jamais renoncer à ce qui n'a été introduit qu'en faveur d'autrui. — L'assignation en garantie a un tout autre objet. Ce n'est point pour favoriser le donneur d'ordre qu'elle se fait; c'est au contraire pour le faire condamner. Elle n'a donc rien de commun avec la dénonciation du protêt : celle-ci est établie en faveur du donneur d'ordre, celle-là a son détriment: il n'est donc pas possible que l'une supplée à l'autre. En agissant contre moi judiciairement, vous faites il est vrai, assez pour vous; mais vous ne faites rien pour moi; la loi vous oblige cependant de veiller à mes intérêts; elle vous en constitue dépositaire; et c'est pour cela qu'elle veut que, par une dénonciation légale et entière du protêt, vous me mettiez à portée d'agir moi-même contre mon propre garant. Si donc, rebelle à sa volonté, vous ne pensez qu'à vous sans penser à moi, si vous me poursuivez sans me dénoncer le protêt, vous êtes indigne du recours qu'elle vous accorde, et il faut que le juge qui est son organe vous déclare non-recevable. — Mais, dit-on, l'art. 13 qui parle des lettres de change, ne dit pas le mot de la dénonciation du protêt, et il n'y est fait mention que de l'assignation en garantie. — 1°. Le silence de l'article qui traite des lettres de change dont il ne s'agit pas ici, ne peut pas certainement prévaloir sur la disposition textuelle et impérieuse de l'article qui traite des billets négociés, c'est-à-dire, des billets qui font la matière de la question à juger. — 2°. Ce silence même n'est pas exclusif, et ne peut pas dispenser le porteur d'une lettre de change protestée, d'en signifier le protêt aux endosseurs et tireurs dans les délais prescrits pour la poursuite en garantie; cela résulte nécessairement d'une observation dont nous sommes redevables à Savary. — « Cet auteurnous apprend, tome 1er, page 170, édition de 1777, que pour bien entendre l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, il faut le rapprocher d'une declaration du 2 janvier 1664, enregistrée au parlement de Paris le 31 du même mois. Nous trouvons cette déclaration dans le Journal des audiences, tome 2, page 210, édition de 1733; voici ce qu'elle porte : *Voulons et nous plaît... que tous porteurs de billets qui auront été négociés, seront tenus de faire leurs diligences contre les débiteurs, dans les dix jours de l'échéance..... et faute de paiement par les débiteurs, les porteurs de billets* FERONT SIGNIFIER LES DILIGENCES *qu'ils auront faites, à ceux qui leur auront donné les billets ou passé les ordres*, ET EN POURSUIVRONT LE PAIEMENT *contre eux quinze jours après, à compter du jour et date des protêts.* — On voit aisément que cette loi ne se contentoit pas d'une poursuite en garantie dans la quinzaine, et qu'elle exigeait, en outre, une dénonciation du protêt dans le même terme. L'ordonnance de 1673, qui est venue après, n'a parlé, relativement aux lettres de change, que de la première formalité; mais ce n'est pas à dire pour cela qu'elle ait entendu abolir la seconde ou en dispenser. Jamais le silence d'une loi nouvelle n'a été regardé comme abrogatif d'une loi antérieure; les principes veulent au contraire qu'on y supplée par les dispositions de celle-ci; et c'est en ce sens que la loi 27, D. *de legibus*, dit : *antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet* : maxime d'autant plus applicable au cas présent, que l'ordonnance de 1673 ne renferme point, comme la plupart des autres ordonnances, de clause qui abroge *tous édits, déclarations et autres règlemens contraires ou différens des dispositions* qu'elle contient. Aussi, loin de regarder la declaration de 1664 comme abrogée par l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, les auteurs les plus instruits des matières de commerce, ont enseigné, et tous les tribunaux ont jugé que l'une devait s'interpréter par l'autre, et qu'en conséquence la simple assignation en garantie ne dispensait pas de la dénonciation du protêt. — Savary, tom. 1, pag. 174, dit en parlant d'un sieur Preval sur l'affaire duquel on le consultait, qu'il était *tenu de faire signifier les diligences par un huissier, étant l'esprit de l'ordonnance; il est indubitable*, ajoute-t-il, *que ce défaut de formalités rendrait le sieur Preval responsable de la lettre, et qu'elle devrait demeurer pour son compte.* — Le même auteur dit, pag. 175 : « le temps pour *notifier les protêts et faire les poursuites en garantie* par les porteurs de lettres a l'encontre des donneurs d'ordre et des tireurs, se doit compter dès le lendemain que les protêts auront été faits ». — A la page 342 du tome 2, il s'explique en ces termes: « il n'y a pas de doute que le porteur d'une lettre de change, est tenu de *faire dénoncer le protêt, et se pourvoir en garantie* contre le tireur, et tous ceux qui ont passé leurs ordres au dos de la lettre successivement les uns aux autres, dans le temps porté par l'art. 13; sinon et à faute de ce faire, il est non-recevable ». — Savary voyait donc dans l'esprit de l'ordonnance, une nécessité imposée à tout porteur de lettres de change protestées, d'en dénoncer le protêt, sous peine d'être

Digitized by Google

déclaré non-recevable : on ne peut sans doute rien concevoir de plus positif. — Et le législateur a bien reconnu lui-même que cette ordonnance n'avait pas aboli la formalité de la dénonciation ; témoins ces termes de la déclaration du 2 janvier 1717 : *voulons qu'aucuns porteurs de billets ou lettres de change ne puissent à l'avenir et en aucuns cas, prétendre avoir, par le* PROTÊT SIGNIFIÉ OU DÉNONCÉ, *acquis une hypothèque*, etc. Ces termes supposent clairement que la dénonciation du protêt a encore lieu nonobstant le silence de l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673 ; on ne peut donc pas conclure de ce silence, que cette formalité n'est pas nécessaire. — Enfin l'usage, qui est le meilleur interprète des lois, a prononcé : par-tout on exige des dénonciations de protêts ; et par-tout, faute de ces dénonciations, les porteurs de lettres de change protestées sont jugés non-recevables à recourir contre les tireurs et endosseurs. — Entre les arrêts qui ont consacré cet usage, il n'en est point de plus remarquable que celui qui a été rendu au parlement de Paris en 1745 ; voici les termes dans lesquels il est rapporté par Denizart au mot *Protêt* : « les endosseurs sont garans envers le porteur, d'une lettre de change ou billet de commerce : si elle n'est point acceptée par celui qui la doit acquitter, ou si après l'acceptation celui qui a accepté ne paie pas, le porteur peut diriger son action en garantie après le protêt ; et pour l'exercice de cette action, il faut dénoncer le protêt en entier, et ne pas se contenter d'en donner copie par extrait : car par arrêt rendu en la grand'chambre le 23 février 1745, confirmatif d'une sentence des consuls de Paris du 24 juillet 1744, la cour a déchargé les endosseurs d'une demande en garantie, par la seule raison que le porteur n'avait donné qu'une copie par extrait du protêt à l'endosseur, au lieu de lui donner une copie entière ; cet arrêt a été rendu en faveur du sieur Perard, banquier à Paris ». — Une décision aussi précise, prononcée par un tribunal composé de banquiers et de négocians, confirmée ensuite par un arrêt de grand'chambre, est sans doute un bon certificat sur l'usage du commerce, et un commentaire bien sûr de l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. — Mais ce qu'il y a de plus fort ici pour le sieur Dinet de Vareille, c'est que cet article même n'est pas celui d'après lequel il doit être jugé, et qu'il n'y a dans la cause d'autre texte à considérer que l'art. 32, qui, bien sûrement, ne laisse aucun doute sur la nécessité de la signification des diligences on dénonciation du protêt. — Ajoutons d'ailleurs, que quand même cette nécessité serait moins rigoureuse dans la thèse générale, le sieur Dinet de Vareille devrait encore obtenir gain de cause ; en effet, il ne s'est peut-être jamais présenté de circonstance où le défaut de dénonciation ait été, d'une part, commis avec autant d'affectation, et, de l'autre, opposé avec autant de bonne foi. — On assigne le sieur Dinet de Vareille en remboursement : quelle est sa réponse ? Une demande de la copie du protêt, une offre de payer aussitôt qu'on lui aura donné cette copie ; on est encore dans le délai utile pour la lui donner ; on est averti par lui-même qu'elle est indispensable ; on y est invité par une offre qui doit prévenir toute contestation ; et cependant on la lui refuse, et on laisse écouler un temps précieux pendant lequel le sieur Dinet eût pu agir contre Lagarde qui était encore à Lille, et c'est après que Lagarde a fui, c'est dix mois après le protêt, qu'on en donne copie ; assurément il n'y a point d'exemple d'une pareille affectation, et elle doit trouver une peine sévère dans la juste horreur qu'ont tous les magistrats pour les procédés contraires à la bonne foi et à la sûreté du commerce ».

Voilà en substance ce que je disais pour le sieur Dinet de Vareille. Par arrêt rendu *und voce*, à la première chambre, le 29 janvier 1784, au rapport de M. Remy Desjardins, la cour a mis l'appellation et ce au néant, émendant, évoquant le principal et y faisant droit, a déclaré la demoiselle Vanackre non-recevable dans ses demandes, fins et conclusions, et l'a condamnée aux dépens des causes principale et d'appel.

VIII. Cet arrêt a encore jugé une autre question, celle de savoir si les simples billets à ordre sont compris dans l'art. 32 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, sous la dénomination de *billets de change*.

Vous opposez, disait-on, au sieur Dinet de Vareille, le défaut de dénonciation de protêt ; mais dans quelle loi avez-vous vu que ce défaut emportât une fin de non-recevoir, relativement aux effets de commerce qui ne sont ni lettres ni billets de change. Citez, si vous le pouvez, un seul article de l'ordonnance qui oblige les porteurs de ces effets à en dénoncer les protêts à ceux qui les ont endossés.

« Si l'on ne doit pas (répondais-je) appliquer aux simples billets au porteur on à ordre, les dispositions que l'ordonnance de 1673 renferme sur les protêts et dénonciations de protêts des lettres ou billets de change, de quel droit et à quel titre vient-on ici poursuivre le sieur Dinet de Vareille, et ne voit-on pas que de là même il résulte nécessairement que celui-ci n'est pas et ne peut pas être tenu de garantir l'insolvabilité du débiteur ? — En effet, l'endosseur d'un billet à ordre n'est à proprement parler qu'un vendeur d'action. Or, il est certain, et la loi 4, D. *de hereditate vel actione vendità*, prouve qu'en fait de vente on transport d'action, le vendeur n'est point garant de la solvabilité du débiteur : *Si nomen sit distractum, Celsus scribit locupletem esse debitorem non debere præstare, debitorem autem esse præstare.* — L'ordonnance de 1673 a dérogé à ce principe pour les lettres et billets de change, lorsque le protêt en a été fait et dénoncé à temps ; mais si selon le système de la demoiselle Vanackre, on ne peut pas appliquer aux billets au porteur ou à ordre, ce que le législateur a ordonné pour les lettres et billets de change, il faut nécessairement que les billets au porteur ou à ordre demeurent sujets à la règle générale, et par conséquent qu'il n'y ait à cet

Digitized by Google

égard aucune garantie de droit pour défaut de paiement de la part du débiteur. — Mais n'abusons pas de l'erreur de la demoiselle Vanackre, convenons que les endosseurs des billets à ordre ou au porteur, sont tenus, de droit, à garantir la solvabilité du débiteur; mais aussi que l'on reconnaisse que cette obligation ne peut pas dériver de l'esprit de l'art. 32 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, sans être en même temps subordonné aux conditions prescrites par cet article. — Ecoutons là-dessus Savary, liv. 3, ch. 8, tome 2, page 204, édition de 1777. Après avoir dit qu'en matière de billets négociés, il n'est pas essentiel de faire des protêts comme pour les lettres de change, et que le porteur peut se borner à faire, pour toute diligence, une simple sommation à celui qui en est débiteur, il ajoute : « Les diligences ainsi faites doivent être, aussi-bien que celles des lettres de change, signifiées à ceux au profit de qui les ordres auront été passés, et les faire assigner en garantie dans les mêmes délais qui sont spécifiés en l'art. 13. Cela est conforme au 32e article du tit. 5;... cet article (continue-t-il), ne parle, pour faire les diligences en garantie, que des billets de change, sans rien dire de ceux qui seront conçus pour valeur en argent, marchandises ou autres effets; ainsi il semblerait que les porteurs de ces sortes de billets ne seraient point tenus de faire signifier les diligences à ceux qui ont passé les ordres à leur profit.... Mais encore que l'on ait omis les autres billets qui porteront valeur reçue en deniers comptans, marchandises et autres effets, néanmoins c'est l'intention de l'ordonnance, que les porteurs de ces sortes de billets fassent signifier les diligences qu'ils auront faites, et donner les assignations en garantie, aussi bien que de ceux qui porteront valeur reçue en lettres de change, ou bien qui porteront promesse d'en fournir. La raison en est que les ordres opérant la même chose que ferait un transport, par lequel le cessionnaire est obligé, non pas à la discussion du débiteur sur qui la somme est transportée, mais à faire une sommation ou commandement de payer, pour faire voir au cédant qu'il a été refusant de payer : si le porteur d'un billet veut le faire rembourser par celui qui a passé l'ordre à son profit, il doit faire apparaître du moins une sommation qu'il aura faite à celui qui aura payé le billet. J'ajoute à cela que l'art. 32 doit être relatif au 31, lequel renferme dans sa disposition tant les billets de change que les autres qui sont conçus pour valeur reçue en deniers, marchandises ou autres sortes d'effets; de manière qu'il n'y a point de difficulté que les porteurs de ces sortes de billets sont tenus de faire signifier les diligences qu'ils auront faites aux donneurs d'ordre ». — A cette autorité, bien décisive assurément, nous pourrions joindre celle de Jousse sur l'art. 32 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673. Mais il vaut mieux nous renfermer dans la citation des arrêts qui ont consacré sa doctrine; on peut dire qu'ils sont innombrables. Contentons-nous d'en rappeler quatre. — Les deux premiers ont été rendus au parlement de Paris. L'un est du 28 juillet 1721; il est rapporté dans le Recueil d'Augeard. Le second, du 9 mars 1780, se trouve dans la Gazette des tribunaux, tome 2, page 114. — Les deux autres sont émanés du parlement de Flandre. — Le 23 avril 1781, arrêt par lequel le sieur Grand, banquier à Paris (pour qui je plaidais), a été déclaré non-recevable dans son recours en garantie contre le sieur Hurez, négociant à Lille, sur le seul fondement que le billet à ordre dont celui-ci était endosseur, et pour raison duquel on le poursuivait, avait été protesté à tard. — Le 17 décembre 1782, autre arrêt, au rapport de M. Le Boucq, qui décharge le sieur Soyez, fermier, et mayeur de la seigneurie d'Ecaudœuvre (pour lequel j'avais fait un mémoire), de la demande récursoire formée contre lui par le sieur Chocque, pour un billet à ordre qu'il avait endossé, et dont ce dernier avait omis de lui dénoncer le protêt dans les jours fixes par l'ordonnance. — Ainsi, point de différence à cet égard entre les billets de change et les simples billets à ordre ou au porteur ».

Ces raisons ont été, comme nous l'avons dit, adoptées par l'arrêt du 29 janvier 1784, [[dont la décision est au surplus confirmée par l'art. 165 du premier livre du Code de commerce. *V. Ordre (billet à)*.]]

IX. Mais ce n'est pas encore là tout ce que cet arrêt a jugé. Le sieur Dinet de Vareille avait une autre objection à résoudre, et ce n'était pas celle qui inspirait le moins de confiance à son adversaire.

A la bonne heure (lui disait-on) qu'entre banquiers et marchands les billets négociés soient soumis, relativement aux endosseurs, aux formalités prescrites par les art. 13 et 32 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673; mais qué pour un billet créé par un commis d'intendance qui ne fait aucun commerce, endossé par un avocat qui n'a jamais allié la profession de marchand à la sienne, et dont le seul objet a été de procurer un prêt d'argent au premier, sous le cautionnement du second; que pour un tel billet, qui, à la forme près, ne diffère nullement des obligations ordinaires, on soit obligé de faire aux endosseurs les mêmes dénonciations de protêt que pour les véritables effets de commerce, c'est ce qui répugne à toutes les règles, à tous les principes, à la raison même.

« Raisonner ainsi (répondais-je pour le sieur de Varcille), c'est insulter à la loi. Dans l'ordonnance de 1673, le législateur a très bien prévu qu'il pouvait être créé des billets à ordre ou au porteur, par des personnes qui ne se mêlaient ni de banque ni de commerce; l'art. 3 du tit. 12 le prouve d'une manière sans réplique. Cependant lorsqu'il a réglé, par l'art. 31 du tit. 5, le temps dans lequel doit être fait le protêt des *billets négociés*, il n'a point distingué s'ils étaient, soit créés, soit endossés, par des marchands ou par des bourgeois; il a parlé en général : et dès-là, il a exclu toute distinction sur ce point. — Aussi la jurisprudence n'en a admis aucune. L'arrêt rapporté par Augeard, sous la date du 28 juillet

Digitized by Google

1711, a jugé, en confirmant une sentence du châtelet, qu'un capitaine d'infanterie qui avait negligé le protêt et la dénonciation de protêt d'un billet au porteur, créé à son profit pour argent qu'il avait prêté à intérêt, était non recevable dans son recours en garantie contre l'endosseur de ce billet. — L'arrêt du parlement de Flandre du 17 décembre 1782, qui est déjà cité, a été rendu en faveur d'un fermier que l'on convenait n'avoir jamais fait le moindre commerce. Le billet dont il s'agissait avait été créé par un ancien officier d'infanterie, propriétaire des biens exploités par ce fermier; et c'était par un aubergiste, prêteur de l'argent qui en formait la valeur, que la dénonciation du protêt avait été omise. Assurément il n'y avait là aucune trace de billet de commerce. Cependant on a jugé que le seul défaut de la dénonciation du protêt avait mis l'endosseur à couvert. — Il suffit donc, même entre bourgeois, laboureurs ou gentilshommes, qu'une obligation soit revêtue de la forme des billets *négociés*, pour être soumise, en cas de refus de paiement par les débiteurs, aux formalités que l'ordonnance de 1673 a prescrites par rapport aux endosseurs ».

C'est aussi ce qu'a jugé l'arrêt du 29 janvier 1784, en déclarant la demoiselle Vanackre non recevable dans son recours en garantie contre le sieur Dinet de Vareille.

X. Une question très fréquemment agitée dans le commerce, et sur laquelle l'arrêt du 29 janvier 1784 nous fouruit encore un préjugé, est de savoir si, lorsque l'endosseur d'une lettre de change ou d'un billet négocié a reçu, dans le terme de l'ordonnance, une notification non juridique du protêt, et a promis dans le même terme de payer, le porteur peut se dispenser de lui faire une dénonciation juridique, ou si, même dans ce cas, le défaut de cette dénonciation peut le rendre non recevable?

Il était constant, dans l'affaire du sieur Dinet de Vareille, 1°. qu'on lui avait donné connaissance du protêt le jour même qu'il avait été fait; 2°. il convenait même d'avoir chargé l'agent de change, qui était venu lui en faire part au nom de la demoiselle Vanackre, de lui chercher de l'argent pour faire à celle-ci le remboursement du billet: ce qui équivalait bien à une promesse de le rembourser effectivement; 3°. on ajoutait (et l'on offrait de prouver en cas de dénégation), qu'il avait déclaré, en termes exprès, qu'il était inutile qu'on lui dénonçât juridiquement le protêt.

Après avoir établi que la preuve testimoniale de ce dernier fait n'était pas admissible, parcequ'on ne peut pas suppléer par des dépositions de témoins à des actes judiciaires, j'ajoutais que même, en regardant les deux autres circonstances comme emportant promesse de payer, elles n'avaient pas pu dispenser la demoiselle Vanackre de dénoncer le protêt dans la quinzaine.

« Ah! sans doute (continuais-je), si le sieur de Vareille ne s'était pas borné à une promesse de payer, s'il avait en outre prié la demoiselle Vanackre de ne point le poursuivre, et de lui épargner les frais d'une dénonciation juridique, il ne pourrait pas se prévaloir du défaut de cette dénonciation, parceque ce serait revenir contre son propre fait. Mais une simple promesse de payer ne peut pas avoir le même effet, parcequ'elle est subordonnée à la condition que le porteur de l'effet proteste se mettra en règle et se pourvoira, en cas de défaut de paiement amiable, dans les délais que l'ordonnance a fixés. S'il en était autrement, il dépendrait donc du porteur de demeurer tranquille pendant trente ans; et alors comment l'endosseur exercerait-il son recours contre le créancier qui a laissé faire le protêt? Dans l'intervalle, celui-ci deviendrait insolvable, ou s'expatrierait, et l'endosseur perdrait son action. Assurément, une simple promesse de payer ne peut pas produire des effets aussi fâcheux, et aussi éloignés de l'intention de celui qui la fait. — Au reste, cette distinction entre la simple promesse de payer, et celle qui est accompagnée d'une prière expresse de ne faire aucune poursuite judiciaire, n'est pas nouvelle: les plus habiles jurisconsultes l'ont faite il y a long-temps, et elle résulte nécessairement de la combinaison de deux arrêts rendus à la cour et au conseil supérieur d'Alsace, l'un du 8 juillet 1782, l'autre du 1er juin 1711. — Dans l'espèce du premier, les nommés Jean-Baptiste Montagne, père et fils, marchands à Roubaix, avaient cédé plusieurs billets à la veuve Menart, negociante à Lille, sur différens particuliers d'Orléans et de Nevers. Ces billets ayant été protestés à leur échéance, et renvoyés à la veuve Menart, celle-ci en fit avertir les Montagne, qui sur-le-champ lui écrivirent *de ne point leur faire de frais*, et qu'ils rembourseraient sans formalités ni poursuites judiciaires. Quelque temps après, la veuve Menart les fit assigner à la juridiction consulaire. Là, ils opposèrent le laps de temps; mais, par sentence du 19 juin 1782, ils furent condamnés à rembourser. Par un de ces abus, qui ne sont que trop communs dans les juridictions consulaires, cette sentence ne fut point du tout libellée, et le commis qui, ce jour-là, tenait la plume en l'absence du greffier, n'y rappela aucun des moyens qui avaient déterminé les juges; les Montagne l'apportèrent à leur défenseur, qui, après les avoir sérieusement interrogés s'il n'y avait point d'actes, de lettres, ou d'autres pièces qui eussent couvert la fin de non recevoir, leur conseilla d'en interjeter appel. Ils le firent; et le 8 juillet suivant, leur défenseur se présenta pour eux à l'audience, où il démontra que le défaut de dénonciation juridique et de poursuite en garantie dans le terme prescrit par l'ordonnance, rendait tout porteur d'effets protestés non recevable à agir par la suite contre les endosseurs. L'avocat de la veuve Menart convint du principe; mais il annonça qu'il avait en mains de quoi en détourner l'application; et en effet il produisit la lettre par laquelle les Montagne avaient prié sa cliente de leur épargner les frais d'une signification de protêt et d'une assignation en garantie. Il ajouta que depuis, les Montagne avaient promis verbalement, et à différentes reprises, de

Digitized by Google

payer quand ils le pourraient, et il en rapporta plusieurs attestations de différens négocians et marchands. — On devine bien qu'il n'en fallut pas davantage pour mettre les Montagne hors de combat. Aussi intervint-il le même jour arrêt, par lequel la sentence fut confirmée avec amende et dépens. — Cet arrêt se rapporte, comme on voit, au cas d'une promesse de payer, accompagnée de la prière de ne point agir. L'autre arrêt, dont nous avons à rendre compte, est dans le cas d'une simple promesse de payer. En voici les détails tels qu'ils sont rapportés par Augeard, tome 2, §. 107. — Un endosseur avait été condamné, par sentence du magistrat de Colmar, à garantir le porteur d'un effet dont le protêt lui avait été signifié trop tard : il en interjeta appel au conseil supérieur d'Alsace, où l'affaire fut appointée et distribuée à M. Hold. — « De la part de l'appelant (dit Augeard), on ne proposait qu'un seul moyen d'appel, fondé sur l'art. 15 du tit. 5 de l'édit du commerce, qui porte qu'après les délais prescrits pour la poursuite des endosseurs en garantie, les porteurs des lettres seront non recevables..... — De la part de l'intimé (continue Augeard), on disait, au contraire, que s'il n'a pas fait signifier à l'appelant le protêt de la lettre de change, et s'il ne l'a pas assigné en garantie dans les délais prescrits par l'édit du commerce, c'est par son propre dol; car l'intimé pose en fait et offre de prouver par témoins, que dès qu'il eut reçu les lettres par lesquelles on lui avait mandé le protêt de la lettre de change, il les montra aussitôt à l'appelant, qui lui promit de lui en fournir une autre. C'est sur ces promesses et assurances qu'il n'a pas agi plutôt contre lui. *Fraus nemini patrocinari debet*... Enfin, lors de l'échéance du paiement de la lettre de change, le payeur avait fait banqueroute. — On répliquait pour l'appelant (c'est toujours Augeard qui parle), qu'il était vrai que l'intimé lui avait dit que la lettre de change avait été protestée; mais qu'il ne se souvenait plus dans quel temps : il est encore vrai qu'il avait promis à l'intimé une autre lettre de change, ou de lui rendre la somme qui y était portée; mais il a fait cette déclaration dans un temps qu'il ignorait son droit... Enfin si, comme l'intimé le dit, la banqueroute du payeur était publique lors du protêt, il devait avec plus d'empressement faire ses diligences contre les endosseurs, dans le temps prescrit par l'édit, afin que la lettre de change ne lui demeurât pas en pure perte; s'il ne l'a pas fait, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même. — Sur ces raisons (poursuit Augeard), intervint arrêt le 1er juin 1711, qui déchargea l'appelant de la condamnation prononcée contre lui par la sentence ».

Telle était la défense du sieur Dinet de Vareille, sur la dernière et peut-être la plus délicate de toutes les objections qu'il avait à combattre.

Ainsi l'arrêt du 29 janvier 1784 peut être mis, par rapport au fait qui était la base de cette objection, à côté de celui du conseil d'Alsace, par lequel le sieur de Vareille terminait sa défense : tous deux jugent que la simple promesse de payer faite par un endosseur, pendant le délai fixé pour la dénonciation du protêt, ne suffit pas pour dispenser le porteur de cette formalité.

Remarquez qu'il en serait autrement d'une promesse faite après l'expiration de ce délai; alors, on ne pourrait plus dire qu'elle serait subordonnée à la condition que le porteur se fût mis en règle; et elle ne serait regardée que comme une renonciation pure et simple à une fin de non-recevoir bien et dûment acquise.

C'est sur ce fondement qu'un arrêt du parlement de Flandre du 10 janvier 1784, rendu sur productions, au rapport de M. Wacrenier, a confirmé une sentence des consuls de Valenciennes du 26 février 1785, par laquelle le nommé Fievet, endosseur de deux billets à ordre dont on ne lui avait pas signifié les protêts dans le temps, mais pour lesquels il avait fourni un à-compte, et donné caution après l'écoulement du délai, a été condamné à en payer le reliquat, avec intérêts et dépens.

[[XI. Un billet qui n'est ni à ordre ni au porteur, devient-il sujet aux règles établies pour la garantie des billets de commerce, par cela seul qu'il a circulé d'une main dans une autre, par la voie de l'endossement? Non. *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 24 ventose an 10, rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 2, page 105.

XII. L'endosseur d'un billet qui n'a ni le caractère d'une lettre de change ni celui d'un billet à ordre, et qui ne constitue qu'un simple mandat, est-il dispensé de toute garantie, lorsque le porteur a négligé de le faire protester dans le délai fixé par la loi pour le protêt des billets à ordre et des lettres de change?

Le 7 frimaire an 10, le sieur Colin-Belleroche, marchand à Châteldon, tire en ces termes, sur le sieur Blatin, marchand à Clermont : « Au 7 ventose prochain, payez par cette première de change, *à mon ordre*, la somme de 2,500 liv., valeur reçue comptant, laquelle lettre de change ne pourra être protestée, faute d'acceptation, que passerez en compte, sans autre avis ». — Le 10 du même mois, il tire, dans les mêmes termes, sur le même sieur Blatin, une autre somme de 2,500 liv. — Quelques jours après, il endosse ces deux traites, au profit du sieur Servet; et il date ces Endossemens, non pas de Châteldon, mais de Clermont, lieu du domicile du sieur Blatin. — Ces traites passent successivement des mains du sieur Servet dans celles des sieurs Fayon, Sauret et Lecocq. — A l'échéance, point de paiement. Le sieur Lecocq, dernier porteur, les fait protester, mais seulement le 21 germinal an 10. — Le sieur Blatin répond au protêt, « qu'il n'a jamais eu en aucun temps, à l'échéance ni après, ni fonds ni ordre du tireur et des endosseurs ». — Le sieur Lecocq fait assigner le sieur Sauret en remboursement. Le sieur Sauret cite en garantie le sieur Fayon, qui, de son côté, cite le sieur Servet, lequel, à son tour, cite le sieur Collin-Belleroche. Tous, à l'exception du sieur Collin-Belleroche qui

Digitized by Google

fait défaut, excipent du défaut de protêt à temps.— Le sieur Lecocq répond que les billets dont il s'agit, quoique conçus en forme de lettres de change, n'en ont cependant pas le caractère; qu'ils ne l'avaient pas au moment de leur formation dans la ville de Châteldon, puisqu'en ce moment, ils ne désignaient pas la personne à laquelle ils devaient être payés; qu'à la vérité, ils auraient pu l'acquérir par les Endossemens dont le sieur Collin-Belleroche les avaient revêtus (*V.* le plaidoyer du 28 germinal an 13, rapporté à l'article *Faux*, §. 5); mais qu'il aurait fallu pour cela que les Endosseneus eussent été faits dans une autre ville que celle où demeurait la personne sur qui tirait le sieur Collin-Belleroche; que, faits à Clermont, dans la ville même où demeurait le sieur Blatin, ils n'ont pas emporté remise de place en place, et n'ont conséquemment pas pu convertir en lettres de change les mandats auxquels ils ont été ajoutés; que dès-lors, les dispositions de l'ordonnance de 1673, sur le défaut de protêt à temps, sont inapplicables à l'espèce; et qu'après tout, quand on assimilerait ces billets à des lettres de change, toujours faudrait-il que le tireur et les endosseurs prouvassent que celui sur qui elles étaient tirées, avait provision ou était redevable du tireur, à l'époque de l'échéance; que, faute de cette preuve, ils devraient être condamnés au remboursement; et que telle est la disposition expresse de l'art. 16 du tit. 5 de l'ordonnance. — Sur ces raisons, jugement du tribunal de commerce de Clermont, qui condamne solidairement les sieurs Collin-Belleroche, Servet, Fayon et Sauret, à rembourser au sieur Lecocq la valeur des deux traites; et fait droit, au surplus, sur les conclusions en garantie du sieur Sauret contre le sieur Fayon, du sieur Fayon contre le sieur Servet, et du sieur Servet contre le sieur Collin-Belleroche. Appel. — Le 12 fructidor an 10, arrêt de la cour d'appel de Riom, qui, « attendu que les prétendues lettres de change, quoique datées de Châteldon, n'ont été réellement consommées qu'à Clermont, puisque c'est à Clermont qu'en a été exprimé et passé le premier ordre; qu'ainsi, il n'y a point eu la remise de place en place, exigée par l'ordonnance; et que ces prétendues lettres de change ne sont plus que de simples mandats; attendu que les différens endosseurs n'ont pu ignorer le vice de cet acte, sous la forme de lettres de change; dit qu'il a été mal jugé; émendant, déboute Lecocq de sa demande ». — Le sieur Lecocq se pourvoit en cassation contre cet arrêt. — La cause portée à l'audience de la section civile, M. Pons a estimé qu'il y avait lieu de casser cet arrêt, par la raison que les deux billets dont il s'agissait n'étant ni lettres de change ni billets à ordre, rentraient dans la classe des simples transports, et n'étaient conséquemment soumis à aucune des dispositions de l'ordonnance de 1673; qu'à la vérité, si le sieur Blatin eût été débiteur du sieur Collin-Belleroche, le porteur n'aurait eu, même en cas de protêt régulièrement fait en temps utile, aucun recours, soit contre le tireur, soit contre les endosseurs; mais que le sieur Collin-Belleroche et les endosseurs ayant transporté au sieur Lecocq une créance sur le sieur Blatin, qui n'existait pas, il n'y avait pour eux aucun moyen d'échapper à la garantie; et qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel de Riom avait violé la loi 4, D. *de hereditate vel actione venditâ*, qui dit: *Si nomen sit distractum, Celsus scribit locupletem esse debitorem non debere præstare; debitorem autem esse præstare, nisi aliud convenit.*

Des conclusions aussi bien motivées, ne pouvaient pas manquer d'être suivies. Par arrêt du 16 pluviose an 13, au rapport de M. Vasse, — « vu les art. 13 et 14 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673, et la loi 6, C. *de evictione et dupli stipulatione*; — attendu que la cour d'appel de Riom a considéré les effets dont il s'agit comme de simples mandats négociés; — attendu que toute cession porte garantie, sans que le cessionnaire soit astreint aux délais fixés par les art. 13 et 14 de l'ordonnance du commerce; — attendu que le tribunal d'appel a appliqué à la garantie des effets en question, la fin de non-recevoir portée pour les lettres de change, en même temps qu'il déclarait que ces effets n'en étaient pas; qu'ainsi le tribunal d'appel a fait une fausse application des dispositions précitées de l'ordonnance de 1673, et a violé les principes et les lois en matière de mandat et de cession; — par ces motifs, la cour casse..... »

XIII. Peut-on appliquer à l'Endossement d'un billet à ordre entre particuliers non commerçans, la disposition de l'art. 1326 du Code Napoléon, d'après laquelle « le billet ou la promesse sous seing-privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service »?

Cette question s'est présentée sous l'empire de la déclaration du 22 septembre 1733, dont l'article cité ne fait que renouveler la disposition. — Dans le fait, plusieurs billets avaient été créés à l'ordre de la veuve Pangaert, qui les avait endossés de sa signature, sans néanmoins avoir écrit de sa main ni les ordres ni les sommes portées dans ces billets. A l'échéance, le sieur Rayé, porteur de ces billets, trouvant le crieur en déconfiture, exerça son recours contre la veuve Pangaert. Celle-ci soutint n'avoir mis sa signature au dos de ces billets, que par surprise; que le créeur de ces billets avait abusé de son ignorance et de sa simplicité; mais que la déclaration de 1733 devait venir à son secours; et que n'étant ni de la classe des marchands, ni de celle des artisans ou laboureurs, on ne pouvait pas lui opposer l'exception qui limitait cette loi. — Par arrêt du 1er fructidor an 9, la cour d'appel de Bruxelles considéra que les parties, de leur aveu,

Digitized by Google

n'étaient ni marchands, ni banquiers, ni laboureurs, ni artisans; qu'ainsi, les billets dont il s'agissait, devaient être rangés dans la classe des simples engagemens qui doivent être écrits en entier de la main des signataires, ou du moins approuvés par eux, avec expression des sommes; que l'Endossement était un transport, un engagement principal, comme celui du premier obligé; et que n'étant ni écrit en entier, ni approuvé de la main de la veuve Pangaert, la nullité en était prononcée par la déclaration de 1733; et en conséquence, elle déchargea la veuve Pangaert des poursuites du sieur Rayé. — Mais celui-ci s'étant pourvu en cassation, arrêt du 7 thermidor an 11, au rapport de M. Rousseau, qui, « vu la déclaration du 22 septembre 1733, et l'art. 13 du tit. 5 de l'ordonnance de 1673; attendu que la déclaration de 1733 ne prescrit l'ecriture ou l'approbation de la main du souscripteur, que pour le corps des billets à ordre, et non pour les simples Endossemens; — que l'usage général du commerce n'a point astreint à ces formalités les souscripteurs d'Endossemens d'effets négociables, d'où il suit que le tribunal d'appel a fait une fausse application de la déclaration ci-dessus citée au cas dont il s'agit, et a, par suite, contrevenu aux dispositions de l'ordonnance de 1673, concernant l'obligation de garantie de la part des endosseurs; — casse et annulle..... »

XIV. L'endosseur non marchand d'un billet à ordre creé par un marchand, est-il sujet à la contrainte par corps? — Le 7 floréal an 13, le sieur Bouillon, négociant à St.-Quentin, cree au profit du sieur Delvigne, cultivateur, un billet à ordre de 600 francs, causé *valeur reçue comptant*, et payable le 8 fructidor de la même année. — Le sieur Delvigne transfere ce billet au sieur Desenne-Dodé. — A l'échéance, protêt faute de paiement, à la requête du sieur Desenne-Dodé, qui, en conséquence, fait assigner les sieurs Bouillon et Delvigne devant le tribunal de commerce de St.-Quentin, pour se voir condamner à lui payer le montant du billet. — Le 16 fructidor an 13, jugement qui les y condamne en effet et par *corps*, d'après la loi du 15 germinal an 6, tit. 2, art. 1.er n.° 4. — Mais le sieur Delvigne se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 11 février 1807, au rapport de M. Zangiacomi, — « vu l'art. 1, tit. 1 de la loi du 15 germinal an 6, portant : *La contrainte par corps ne peut être prononcée qu'en vertu d'une loi formelle*; et l'art. 1.er, tit. 2, de la même loi, qui prononce la contrainte par corps, 1.°. *contre les banquiers, agens de change, facteurs ou commissionnaires*, etc. — 2.°. *de marchand à marchand, pour fait de marchandises dont ils se mêlent réciproquement*; — 3.°. *contre tous négocians ou marchands, qui signeront des billets pour valeur reçue comptant ou en marchandises, soit qu'ils doivent être payés sur l'acquit d'un particulier y dénommé, ou à son ordre ou au porteur*; — 4.°. *contre toutes personnes qui signeront des lettres ou billets de change, celles qui y mettront leur aval, qui promettront d'en fournir avec remise de place en place, et qui feront des promesses pour lettres de change à elles fournies ou qui doivent l'être*; — considérant que le n.° 4 de l'art. ci-dessus ne prononce la contrainte par corps que contre les signataires de lettres ou billets de change, et que, dans l'espèce, il ne s'agit pas de ces sortes d'effets, mais d'un simple billet à ordre, payable dans le lieu où il avait été tiré; — considérant qu'aux termes du n.° 3, les billets à ordre n'entraînent la contrainte par corps que contre les marchands ou négocians qui les tirent ou les endossent, et que rien ne constate que Delvigne soit négociant ou marchand, et qu'il nie avoir cette qualité. — D'où il suit que le tribunal de St.-Quentin a fait une fausse application de l'art. 1.er, tit. 2, de la loi du 15 germinal an 6, et violé l'art. 1.er, tit. 1.er, de la même loi; — la cour casse et annulle..... ».

L'art. 23 du liv. 4 du Code de commerce érige cette décision en loi expresse.

XV. Peut-on opposer au porteur de bonne foi, le dol à l'aide duquel a été surpris l'Endossement souscrit au profit de l'un des précédens propriétaires de la traite? — Des lettres de change avaient été tirées au profit du sieur Corroy sur le sieur Bigot qui les avait acceptées. Le sieur Corroy les avait transmises par une signature qui lui avait été surprise par dol, à un tiers qui les avait endossées au profit du sieur Gausac. A l'échéance, le sieur Gausac en demande le paiement. On lui oppose qu'il n'est pas propriétaire légitime de ces traites : que c'est par dol qu'elles sont sorties des mains du sieur Corroy; que le sieur Corroy n'ayant pas consenti à s'en dessaisir, l'Endossement qui lui avait été snrpris, n'a pas pu les transmettre à son prétendu cessionnaire, et que celui-ci n'a pas pu transférer au sieur Gausac plus de droits qu'il n'en avait lui-même. — Le sieur Gausac répond qu'il a reçu les traites, dans la juste croyance que son endosseur en était propriétaire. — Le 18 frimaire an 14, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui, en confirmant un jugement du tribunal de commerce de la même ville, condamne le sieur Bigot à payer le montant des lettres de change. — Le sieur Bigot se pourvoit en cassation, et soutient que la cour d'appel de Paris a violé les art. 1109, 1116 et 1117 du Code Napoléon; mais par arrêt du 6 août 1807, au rapport de M. Poriquet, « attendu que la cour d'appel a rendu hommage aux principes consacrés par les articles du Code civil invoqués par le demandeur; mais qu'elle a jugé et dû juger que ces articles étaient inapplicables à Gausac, reconnu pour porteur de bonne foi; la cour rejette..... »

XVI. Les Endossemens d'obligations notariées sont-ils soumis au droit d'enregistrement? Cette question est résolue à l'article *Enregistrement (droit d')*, §. 12.

V. Lettre et Billet de Change, Ordre (billet à), Protêt, Transport, etc.]]

* ENFANT. Ce terme se dit en droit du fils ou de la fille par relation au père et à la mère.

Nous présenterons d'abord les notions les plus

Digitized by Google

générales que la jurisprudence nous offre sur les Enfans.

Ensuite, nous examinerons quels sont le sens et l'étendue du mot *Enfans*, dans les dispositions de l'homme.

§. I. *Notions générales sur les Enfans.*

L'état de l'Enfant qui est dans le sein de la mère ne peut être déterminé que par la naissance : jusqu'alors il n'est pas compté parmi les Enfans ; et s'il se trouve mort lorsque la mère vient à accoucher, il est censé n'avoir jamais vécu ; mais la présomption qu'il naîtra vivant, fait que quand il est question de ses intérêts, on le regarde comme s'il était né : ainsi on lui conserve les successions qui peuvent lui échoir avant sa naissance : on peut même lui nommer un curateur. *V. Curateur*, §. 9; et *Posthume*.

[[La naissance de chaque Enfant doit être constatée sur les registres de l'état civil. *V. Naissance, Etat civil* et *Déclaration de naissance*.]]

Le droit naturel et le droit positif ont établi plusieurs droits et devoirs respectifs entre l'Enfant et les personnes à qui il doit son existence. Ainsi, un père et une mère sont tenus de prendre soin de l'éducation de leurs Enfans, soit naturels ou légitimes, et de leur fournir des alimens jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie. *V. Alimens* et *Education*.

Les biens du père et de la mère décédés *ab intestat*, sont dévolus à leurs Enfans ; ou s'il y a un testament, il faut du moins qu'ils aient leur légitime ; et les Enfans naturels peuvent demander des alimens. *V. Héritier, Légitime, Portion disponible* et *Succession*.

Les Enfans, de leur part, doivent honorer leur père et leur mère, et leur obéir en tout ce qui n'est pas contraire à la religion et aux lois. Ils sont sous la puissance de leur père et de leur mère jusqu'à l'âge de majorité, à moins que les Enfans ne soient émancipés. [[Mais *V. Emancipation* et *Puissance paternelle*.]]

Les mineurs n'étant pas réputés capables de gouverner leur bien, on leur donne des tuteurs et des curateurs. *V. Curateur*, §. 1, et *Tutelle*.

Les Enfans mineurs ne peuvent se marier sans le consentement de leur père et de leur mère. *V. Empêchement*.

Si le père, la mère et les autres ascendans tombent dans l'indigence, leurs Enfans leur doivent des alimens ; ils doivent même, en pays de droit écrit, une légitime à leurs ascendans. *V. Légitime, Portion disponible* et *Alimens*.

Suivant l'ancien droit romain, les pères avaient le pouvoir de vendre leurs Enfans, et de les mettre dans l'esclavage ; ils avaient même sur eux droit de vie et de mort, et par une suite de ce droit barbare, ils avaient aussi le pouvoir de tuer un Enfant qui naissait avec quelque difformité considerable : mais ce droit de vie et de mort fut réduit dans la suite au droit de correction modérée : il en est de même parmi nous, quoique les Gaulois aient eu aussi droit de vie et de mort sur leurs Enfans.

Les Enfans mineurs livrés au libertinage, peuvent être renfermés dans des maisons de force par forme de correction sur la simple réquisition de leurs pères, de leurs mères, de leurs tuteurs, et même sur celle de leurs oncles ou autres plus proches parens, s'ils n'ont plus ni père ni mère. Les parens peuvent obtenir à cet effet une permission du juge pour les faire arrêter. [[Mais *V. Correction* et *Puissance paternelle*.]]

Les Enfans ne peuvent être obligés de déposer contre leur père, et le témoignage qu'ils donnent en sa faveur est rejeté : un notaire ou un autre officier public ne peut pas prendre nou plus ses Enfans pour témoins instrumentaires. *V. Témoin instrumentaire* et *Témoin judiciaire*. (M. Guyot.) *

§. II. *Quels sont, dans les dispositions de l'homme, le sens et l'étendue du mot* Enfans ?

I. Cette question nous en présente deux à resoudre : la première qui a été agitée depuis peu dans un tribunal souverain de l'Amérique, et ensuite au conseil du roi, consiste à savoir *si des Enfans issus d'un blanc et d'une négresse qu'il a épousée depuis leur naissance, font cesser une substitution établie sous la condition que le grevé mourra sans Enfans légitimes.*

Le sieur de La Fargue, riche habitant de Saint-Domingue, avait une négresse nommée *Petite-Nanon*, avec laquelle le sieur Jean Guerre, son petit-neveu, entretenait depuis quelque temps un mauvais commerce, duquel étaient déjà nés deux Enfans. — Le 5 janvier 1744, il fit un testament par lequel il légua au sieur Jean Guerre, l'habitation dans laquelle il demeurait, avec tous les *nègres*, bestiaux, ustensiles et meubles qui en faisaient partie, « voulant toutefois qu'au cas que ledit sieur Jean Guerre décédérait sans *Enfans nés en légitime mariage*, ladite habitation et choses en dépendantes, retournassent au profit de la dame Avril et des sieurs François et Pierre Jamet, pour être partagés entr'eux également, la leur substituant audit cas de l'un à l'autre, pour, par eux, en jouir et disposer comme ils aviseraient ». — Le sieur de La Fargue mourut au commencement du mois d'avril 1744. — En 1748, le sieur Jean Guerre donna la liberté à sa chère négresse, et en 1755 il en fit sa femme. Elle avait alors cinq Enfans de lui ; et tous furent reconnus par l'acte de celebration du mariage. — Le sieur Guerre décéda en 1763. Le sieur Jamet fit apposer les s ellés sur ses effets, en qualité d'appelé par la substitution, à l'habitation et aux meubles legués an défunt par le sieur de La Fargue. — Les Enfans du sieur Guerre réclamèrent contre sa prétention, et il intervint sentence du sénéchal du port de Paix, le 7 janvier 1764, qui « vu l'acte de liberté accordé à la négresse Nanon, le 7 janvier 1748, le contrat de mariage entr'elle et le sieur Guerre du

Digitized by Google

7 novembre 1755, ensemble l'acte de célébration d'icelui, du 29 du même mois, déboula le sieur Jamet de sa demande, et le condamna aux dépens». — Sur l'appel au conseil supérieur du Cap Français, cette sentence fut infirmée, la substitution fut déclarée ouverte au profit du sieur Jamet, et en conséquence il lui fut fait délivrance de tous les biens qui y etaient compris. — Les Enfans du sieur Guerre, privés par cet arrêt de la succession de leur père, se sont pourvus en cassation au conseil d'état; et cette demande a donné lieu à une nouvelle instruction dans laquelle les différens moyens des parties ont été remis sous un nouveau jour. — Nous ne rappellerons pas ici tous ces moyens. Il en est qui appartiennent à l'article *Légitimation*; d'autres qui ont un rapport plus direct avec l'article *Substitution fidéicommissaire*. Nous en reudrons compte sous ces mots. — Le seul point qui doit être discuté ici, est de savoir si l'on peut appliquer aux Enfans issus d'un blanc et d'une négresse, la maxime etablie de tout temps, et confirmée par l'art. 23 de l'ordonnance des substitutions, que les Enfans légitimés par mariage subséquent, font évanouir le fideicommis fait sous la condition du décès du grevé sans Enfans.

« Pour juger la question (disait le sieur Jamet), il faut perdre de vue la législation et les usages de France, se placer dans les colonies, connaître les lois de leur gouvernement à l'egard des nègres, esclaves ou affranchis, et de leur descendance, et se bien pénétrer des motifs puissans qui les ont fait établir et qui les maintiennent. — En France, tous les hommes sont du même sang; ils sont libres, parfaitement éganx; sous ce point de vue, ils sont tous également susceptibles de tous les honneurs et de toutes les distinctions que le mérite ou la fortune peuvent procurer; il n'en est aucun qui ne puisse y aspirer; la différence des conditions s'y concilie, dans cet esprit, avec cette égalité; et quelque abjecte que puisse être l'origine d'un citoyen, elle disparait à l'égard de ses descendans, par les distinctions méritees qui la font oublier. — Il en est tout autrement dans nos colonies. L'esclavage est l'état général des nègres; une politique nécessaire pour la sûreté des blancs, oblige de les contenir, même lorsqu'ils sont affranchis, et toute leur race, dans la plus grande dependance, et même dans l'avilissement. — Si, pour concilier la religion qui rend tous les hommes éganx, de quelque nation qu'ils soient, en quelque pays qu'ils habitent, avec la politique qui, dans ces différentes parties de notre domination, autorise l'esclavage, l'édit de 1685 permet, ou plutôt tolère, à Saint-Domingue, le mariage des blancs avec les noirs, des hommes libres avec les esclaves, ils n'en sont pas moins regardés comme honteux. L'édit de 1724 les defend même à la Louisiane; et par-tout, dans toutes nos colonies, cette mésalliance est, pour les enfans et pour toute la deseendance, une tache ineffaçable. Les mésalliés et tous les rejetons de l'esclavage forment à jamais une classe intermédiaire entre les blancs et les noirs. Le mépris qu'ils éprouvent est tel que, dans les colonies, aucune considération ne peut l'effacer. L'éloignement de l'origine dans la plus grande deseendance, la fortune la plus considérable, le mérite même et les talens n'en mettent pas entièrement à l'abri. — Les noirs séparés pour toujours des blancs, sont exclus, eux et leur descendance, de toute espèce de charges et de fonctions publiques dans nos colonies. Ils ne peuvent jamais parvenir à la noblesse. Le roi l'a formellement decidé, tout récemment encore, au mois de janvier 1767, sur la demande que lui fit l'un des conseils supérieurs de Saint-Domingue, d'un règlementsur les distinctions entre les blancs, les Indiens ou naturels du pays, et les geus de couleur noire. Les ordonnances pour la formation des milices, les excluent de pouvoir jamais y monter avec les blancs. Ils ne sont pas admis à leur table ni dans leur société familière. A quelque fortune qu'ils parviennent, dans quelque situation qu'ils soient, ils ne se présenteraient pas à celles des personnes constituées en dignité. Un descendant de race de nègre qui, passé en France, serait parvenu à un état honorable, de retour aux iles, y éprouverait, et toute sa descendance, ces différentes humiliations. — Enfin, par l'art. 52 de l'édit de 1724, étendu à l'île de Saint-Domingue par la déclaration du premier juillet 1726, *tous les esclaves affranchis, nègres, ou nègres libres, et leurs Enfans ou descendans, sont incapables de recevoir des blancs aucune donation entre-vifs, à cause de mort ou autrement, sous quelque prétexte que ce puisse être; et en cas qu'il soit fait aux nègres affranchis ou libres, à leurs Enfans et descendans, aucun don ou legs, de quelque manière que ce soit, ils demeurent nuls à leur égard, et le profit en est appliqué à l'hôpital le plus prochain.* — Tels sont les lois, les mœnrs et les usages de nos colonies à l'égard des nègres, esclaves ou affranchis, et de leur postérité. — Ainsi, suivant les lois et les mœurs de la colonie, les Enfans d'un blanc et d'une négresse étant, quoique légitimes par mariage, frappés à jamais d'une flétrissure et d'une tache ineffaçables, ils restent dans une condition différente des autres Enfans légitimes; ils ne peuvent remplir l'objet du testateur, qui veut que le legataire qu'il grève de substitution, pour qu'il puisse la faire cesser, laisse des Enfans en état de jouir de tous les honneurs de la légitimité. — Ceux du sieur Guerre, nés de la négresse, sont dans cette incapacité. On ne peut pas croire, dès-là, que le sieur de La Fargue ait en intention que le sieur Guerre devint proprietaire libre des biens qu'il lui a laissés, et que ses Enfans, même légitimés par mariage à son décès, fissent cesser la substitution qu'il a faite à la dame Avril et au sieur Jamet, en cas de décès *sans Enfans nés en légitime mariage*. — Or, l'intention de ce testateur est évidente, par la manière dont il s'est exprimé; les dispositions qu'il a faites la manifestent clairement..... — On oppose l'édit de 1685. Mais en au-

Digitized by Google

torisant le mariage du maître avec son esclave, cet édit ne décide pas si les Enfans du concubinage de l'un avec l'autre, et légitimés par mariage subséquent, font cesser la substitution ordonnée en cas de décès du grevé sans enfans. Cela fait question, même à l'égard des Enfans naturels de deux personnes libres, pour les substitutions antérieures à l'ordonnance. Si la question est controversée à l'égard des Enfans naturels des personnes libres, combien ne doit-elle pas l'être pour les Enfans nés du concubinage avec une esclave, même affranchis ou légitimés par mariage. Elle n'en est pas même une, d'après les lois et les usages des colonies. Les Enfans de race nègre, suivant la déclaration du premier juillet 1726, ne sont capables de donation, ni par acte entre-vifs, ni par acte à cause de mort, directement ni indirectement, sous quelque dénomination que ce puisse être. Une disposition qui donne le droit aux Enfans du grevé, d'exclure les appelés à la substitution, est une véritable disposition gratuite en leur faveur, une sorte de donation à cause de mort, et elle produit très certainement le même effet. Les Enfans nés d'un commerce avec une négresse, quoique légitimés par mariage, n'en sont donc pas susceptibles. Les motifs les plus puissans se réunissent pour le décider; et l'édit de 1685 ne contenant aucune disposition à ce sujet, on ne peut pas s'en autoriser pour faire casser l'arrêt qui l'a ainsi jugé ». — Telle était la défense du sieur Jamet.

Les Enfans du sieur Guerre répondaient qu'avant l'ordonnance de 1747, il était d'une jurisprudence constante, fondée sur les lois romaines, que le mariage donnait aux Enfans légitimés par mariage subséquent, les mêmes droits qu'à ceux qui étaient nés depuis le mariage, à l'exception des droits acquis à des tiers avant leur légitimation. — « Sous ce point de vue (ajoutaient-ils), on ne peut pas douter que notre légitimation opérée par le mariage du sieur Guerre avec la négresse Petite-Nanou, ne nous ait donné les mêmes droits aux biens compris dans le testament du sieur de La Fargue, que si nous étions nés pendant ce mariage même. — Or, il est certain que les Enfans nés du mariage d'un blanc avec une négresse, font cesser la condition *si sine liberis*, apposée par un testateur à la substitution qu'il a ordonnée. — En vain parle-t-on de l'incapacité prononcée par la déclaration de 1726, contre les Enfans de race nègre : il ne s'agit pas ici d'une donation, mais d'une succession directe. La légitimité des Enfans du sieur Guerre a fixé, sur sa tête, la propriété de l'habitation que lui avait laissée le sieur de La Farguc. Cette propriété qui, jusqu'à ce moment, était éventuelle, est devenue irrévocable, et les Enfans du sieur Guerre l'ont recueillie dans sa succession. Voilà toute l'opération qui s'est faite; et il n'y a dans tout cela ni donation entre-vifs, ni disposition à cause de mort. On n'y voit que la marche de la loi ».

Par arrêt du conseil de l'année 1773, celui du conseil supérieur du Cap Français a été cassé, le principal a été évoqué, et il a été jugé, conformément à la sentence du sénéchal du Port de Paix du 7 janvier 1764, que la substitution avait cessé par l'existence des enfans légitimés du sieur Guerre.

II. La question qui nous reste à examiner, est de savoir si le mot *Enfans*, qui est si souvent employé dans les contrats et dans les testamens, renferme tous les descendans.

Par exemple, j'institue Pierre, et en cas qu'il meure sans *Enfans*, je lui substitue Paul. Pierre, en mourant, ne laisse qu'un petit-fils : étendra-t-on à ce petit-fils la signification du mot *Enfans*, et en conséquence fera-t-il manquer la condition?

Autre exemple. J'institue Sempronius, et à sa mort, je lui substitue *ses Enfans*. Supposé qu'au moment de l'ouverture de la substitution, il ne se trouve qu'un petit-fils de Sempronius, ce petit-fils sera-t-il censé appelé?

L'affirmative était certaine dans le droit romain; le mot *Liberi* comprenait, sans difficulté, tous les descendans, en quelque degré qu'ils se trouvassent. *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes continentur*, dit la loi 220, D. *de verborum significatione*.

En est-il de même dans nos mœurs?

[[Henrys, liv. 5, quest. 83, soutient la négative : « Il faut remarquer (dit-il), qu'en latin, le mot *Liberi* est bien plus étendu, et d'une plus ample signification que ne serait en France le mot d'*Enfans*; car, au lieu que pour descendre plus bas, nous disons *les Enfans des Enfans*, ou *les petits-Enfans*, et que nous n'avons point de nom propre qui renferme plusieurs degrés : les latins ne se servaient pour cela que de ce mot *Liberi*. Tout ainsi que sous le nom collectif de *Parentes*, ils comprenaient six degrés de la ligne supérieure, ils en font autant de la ligne inférieure, sous le nom collectif *Liberorum*. De sorte que ces deux noms *Parentes*, *Liberi*, sont deux noms qui sont relatifs, et correspondent l'un à l'autre, ainsi qu'il est expressement décidé en la loi dernière, §. *Parentes*, D. *de grad. affin.* ».

Mais cette opinion n'a pour base qu'une supposition évidemment fausse : car les latins avaient, pour désigner les petits-Enfans et les arrière-petits-Enfans, d'autres termes que le mot *Liberi* : et tout le monde sait qu'ils les désignaient, les premiers par le mot *Nepotes*, les seconds par le mot *Pronepotes*. Aussi voyons-nous tous nos meilleurs jurisconsultes professer la doctrine contraire.]]

Ecoutons Dumoulin sur la coutume de Paris, tit. 1, §. 15, gl. 1, aux mots *père et mère*. — *Verbum Gallicanum* Enfans *non est de se restrictum ad primum vel alium gradum; sed indifferenter supponit quosvis descendentes, sicut verbum* Liberi *in lege Romand.*

Ricard, *Traité des Substitutions*, n. 583, dit la même chose : « Le mot *Enfans* est général pour signifier tous les degrés de la ligne descendante : ce qui a lieu, soit qu'il s'agisse d'empêcher l'ouverture d'un fidéicommis, en conséquence de la

Digitized by Google

condition, *s'il décède sans Enfans*, ou de donner effet à une substitution au profit des petits-Enfans ».

[[Mais personne n'a mieux traité cette matière que Furgole (*des testamens*, chap. 7, sect. 6, n. 125.) Il commence par établir que les *petits-Enfans* ne sont pas compris dans une disposition fidéicommissaire qui appelle les *fils*.

« Mais (continne-t-il) en doit-il être de même, lorsque la disposition est faite en faveur des *Enfans*? Quelques auteurs ont soutenu l'affirmative, et que les petits-fils ne doivent pas recueillir le fidéicommis fait en faveur des *Enfans*... Ils se fondent sur ce que le mot *Enfans*, suivant le génie de notre langue, n'est pas collectif de plusieurs degrés de générations, et qu'il diffère en cela du mot latin *Liberi*. Ils se fondent encore sur ce que les fidéicommis étant de rigueur et odieux, parcequ'ils sont des charges, il faut resserrer le mot *Enfans* dans sa signification propre. — Mais nonobstant ces raisons, il faut décider le contraire..., c'est-à-dire, que quand les Enfans au premier degré sont décédés avant le grévé, laissant des Enfans, les Enfans au second degré ou autre plus éloigné sont compris dans la disposition *vi verborum*, ou comme s'explique le président Faber dans son Code, liv. 6, tit. 19, défin. 4, *propriâ significationis potestate*; et ils doivent recueillir le fidéicommis, à cause que le mot *Enfans* est collectif, non seulement des différens sexes, mais encore des différens degrés de génération, suivant la loi 220, D. *de verborum significatione*, qui établit une règle fixe, sans aucune marque *d'impropriété*, sans recourir à l'interprétation, toujours et dans tous les cas: ce qui produit plusieurs différences essentielles entre le mot *filii* ou *fils*, et le mot *Liberi*, auquel répond notre terme français *Enfans*, adopté dans notre langage pour signifier la même chose, comme l'ont fort bien remarqué *Ranconnet*, président aux enquêtes du parlement de Paris, et *Nicot*, maître des requêtes, dans le *Trésor de la langue française, tant ancienne que moderne*, au mot *Enfant*... L'article 99 de la coutume de Paris nous en fournit une preuve bien claire, en designant sous le mot *Enfans*, tous les degrés de descendance: quoi qu'en aient pu dire *Henrys*, liv. 5, quest. 8, 3 n. 6, et *Marion* dans son cinquième plaidoyer. Car les réflexions de ce dernier auteur, plus subtiles que solides, furent improuvées par l'arrêt qui intervint dans le procès qu'il défendait, comme nous le dirons bientôt. — Ainsi le mot *Enfans* comprend par son énergie, et par la signification que la loi et l'usage lui ont attribuée, et non par interprétation ou extension, tous les descendans à quelque degré qu'ils soient, lorsqu'ils sont à la place de ceux du premier degré de génération qui sont décédés sans avoir recueilli; et quoique les fidéicommis soient des charges, et qu'ils soient par conséquent de rigueur, on doit néanmoins y admettre les personnes qui sont appelées selon la signification la plus étendue des paroles, parceque *pleniùs interpretamur morientium voluntates* ».

Furgole ajoute que le parlement de Paris l'a ainsi jugé par un arrêt du 5 décembre 1536, rapporte dans les *Observations* de Charondas, au mot *Enfans;* et par un autre du 10 février 1659, inséré dans le *Recueil* de Soefve.]]

En voici un troisième qui est rapporté par Brunel, dans ses *Observations sur le droit coutumier*, ch. 6, n. 36. — Pierre de Senerpont, avait, par son testament, fait partage de ses biens entre ses Enfans et petits-Enfans, notamment entre Marguerite, qui était sa fille, Adrien, François et Antoinette, frères et sœur, qui étaient ses petits-Enfans. Parmi ses biens, se trouvait une maison située à Arras, qu'il avait assignée au lot d'Adrien; et par une clause particulière, il était dit que si Adrien et son frère décédaient sans Enfans, cette maison appartiendrait à Marguerite *ou à ses Enfans*, à l'exclusion d'Antoinette, qui serait réduite au restant du lot de ses frères. — Adrien, et après lui François, sont effectivement morts sans Enfans. Ils ont laissé, pour héritiers, une nièce, fille de leur sœur Antoinette, et des cousins issus de germains, petits-Enfans de leur tante Marguerite. — Question de savoir à qui la maison doit appartenir. — La nièce la prétendait comme plus proche héritière; et comme on lui opposait la substitution faite au profit de Marguerite et de ses Enfans, elle soutenait que le mot *Enfans* ne comprenait pas les *petits-Enfans*, sur-tout dans la coutume d'Artois, qui, alors, excluait toute représentation. — Par sentence du conseil d'Artois du 25 mars 1698, confirmée par arrêt du 3 juillet 1700, la substitution fut déclarée ouverte au profit des petits-Enfans de Marguerite; et en conséquence ils furent envoyés en possession de la maison contestée.

[[Il en serait de même, suivant Furgole, s'il s'agissait de l'interprétation d'un acte entre-vifs. « Il est décidé (ce sont ses termes) par la loi 48, D. *Soluto matrimonio*, que même dans les contrats, les petits-fils sont compris sous le nom d'*Enfans;* et l'arrêt du 10 février 1659, rapporté par Soefve, est dans le cas d'une substitution contenue dans une démission faite par contrat. La raison est, qu'il ne s'agit pas de faire une extension dont les contrats ne sont pas susceptibles; vu que, comme nous l'avons déjà dit, le mot *Enfans* comprend les petits-fils par sa propre énergie, et par la signification que la loi lui attribue, sans qu'on ait besoin de recourir à l'interprétation ».

Furgole ajoute: « Il ne faut pas même examiner s'il s'agit d'une disposition faite par un ascendant en faveur de ses descendans, ou par un collatéral; vu que la disposition se trouve dans la valeur et la signification du mot *Enfans*, qui est collectif de tous les degrés de génération, pour ne produire néanmoins qu'un seul et unique degré de fidéicommis; qu'ainsi il ne faut pas recourir à la qualité des testateurs pour y prendre une conjecture de sa volonté. Aussi le parlement de Paris a-t-il jugé que le petit-fils devait recueillir le fidéicommis testamentaire fait en faveur des Enfans du légataire, encore qu'il fût question de la disposition d'un collatéral. L'arrêt

Digitized by Google

est du 11 janvier 1578, en faveur d'Emard de Paris, pour la substitution de la terre de Villeparisis, contre Catherine Clutin, malgré les raisons que l'on trouve dans le cinquième plaidoyer de Marion, qui contient la défense de Catherine Clutin; il est rapporté par Charondas, liv. 7, rép. 61 ». — Et remarquons que la même chose a été jugée par deux arrêts du parlement de Dijon, dont il sera parlé dans un instant.

On sent, en effet, combien il serait déraisonnable de distinguer sur ce point entre les dispositions faites par un ascendant et les dispositions faites par un collatéral. — 1°. Cette distinction n'est autorisée par aucune des lois romaines, qui déclarent les petits-fils compris sous le mot *Enfans*. Ces lois s'expliquent d'une manière absolue, et dans les termes les plus indéfinis et pour toute espèce d'effets. — 2°. Le bon sens nous dit que la signification des paroles se détermine par elles-mêmes, et non par la qualité de la personne qui les prononce. — 3°. Quand on parle des Enfans d'autrui, le mot *Enfant* ne peut se rapporter qu'à celui des Enfans duquel on parle, et non à celui qui en parle. Ainsi, de quelque bouche que sorte ce mot, et quelque soit l'individu qui parle des Enfans d'une personne, il entend nécessairement parler de ceux qui sont censés Enfans de cette personne; et dès-là, comment la qualité de cet individu ne serait-elle pas, à cet égard absolument indifférente? Si mes petits-fils sont mes Enfans, il est bien clair que celui qui parle de mes Enfans, parle aussi de mes petits-fils. — Enfin, celui qui dispose de ses biens en faveur d'un individu et de ses Enfans, manifeste assez, par cela seul, qu'il entend gratifier non seulement cet individu, mais encore ceux qui descendent de lui; la qualité de l'auteur de la disposition ne peut donc influer en rien sur la signification du mot *Enfant*.]]

Mais l'ordonnance de 1735 n'a-t-elle point changé cette jurisprudence, lorsqu'elle a dit, art. 62, que « celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire un des *Enfans* du testateur, ne pourra élire un des petits-Enfans ou descendans..... et que si les Enfans du premier degré décèdent avant que le choix ait été fait, le droit d'élire demeurera caduc et éteint, à moins que le testateur n'en eût autrement ordonné »?

Non : le principe subsiste toujours dans la thèse générale, malgré la disposition de cette ordonnance, qui doit être renfermée dans le cas d'élection dont elle parle.

Si le législateur a voulu que, dans ce cas, le mot *Enfans* fût borné aux fils ou filles du premier degré, c'est à cause de la rigueur du droit d'élection, qui tend à gratifier l'un des Enfans à l'exclusion des autres. Il a, d'ailleurs, suppose bien clairement que ce mot est encore aujourd'hui censé renfermer les petits-Enfans et les autres descendans, puisqu'après avoir dit que s'il n'y a point d'Enfans du premier degré, *le droit d'élire demeurera caduc*, il n'a pas ajouté que le fidéicommis serait frappé de la même caducité.

Aussi la question a-t-elle été jugée, depuis l'ordonnance de 1735, de la même manière qu'elle l'était auparavant.

[[Elle l'a été d'abord par deux arrêts du parlement de Dijon, des 2 mars 1759 et 9 décembre 1761, qui sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 262; et elle l'a encore été par un arrêt plus récent du parlement de Paris, dont voici l'espèce]] :

Louis de Bourbon, marquis de Malause, avait épousé Henriette de Durasfort. Il eut trois Enfans de ce mariage, Guy-Henri, Armand et Charlotte. — Le 7 janvier 1660, il fit son testament au château de Chadebec en Limousin. Par cet acte, il institua sa femme son héritière universelle, et legua à chacun de ses trois Enfans une somme de 100,000 livres à titre d'héritiers particuliers. Après toutes ces dispositions préliminaires, le testateur établit une substitution graduelle et perpétuelle dans sa famille; il chargea sa femme de remettre son hérédité, d'abord à *Guy-Henri*, son aîné, lorsqu'il aurait vingt-cinq ans, ou plus tôt s'il se mariait du consentement de sa mère; à son défaut, il appela *Armand*, son cadet; à son défaut, tel des mâles posthumes qu'il plairait à sa femme de nommer; à défaut de mâles, il appela sa fille Charlotte; à son défaut, telle des posthumes filles provenant de son mariage qu'il plairait à sa femme de nommer; « et en cas où tous mes Enfans ou posthumes (ajouta-t-il) se trouveraient décédés avant la remise de ladite hérédité, je supplie madite femme la vouloir remettre aux qualités ci-dessus, à MM. de Merville, de Pardaillan ou de Pesteils, mes neveux, et à un seul d'iceux, on à l'un de leurs Enfans mâles, tel que madite femme voudra choisir, et qu'elle jugera le plus digne de ma succession; et à faute de faire le susdit choix, je nomme dès à présent M. de Pardaillan, à condition de porter mon nom et mes armes, et à la charge de disposer de mes biens en faveur d'un de ses descendans mâles jusqu'au quatrième degré, afin de maintenir le nom de ma maison; autrement, je le prive de ma succession, etc.... — Et où mesdits Enfans et posthumes viendraient à décéder sans Enfans, ou leurs Enfans sans Enfans, je substitue lesdits sieurs de Merville, Pardaillan et Pesteils, mes neveux, et leurs Enfans mâles, à la charge qu'eux et les leurs quitteront le nom de leur famille, et porteront mon nom et armes, etc. » — Guy-Henri, fils aîné du testateur, et son héritier institué, a recueilli. — Il s'est marié deux fois : de son premier mariage il a eu une fille unique, Marie Geneviève-Gertrude de Bourbon-Malause, qui a épousé le comte de Poitiers : de son second mariage il a eu trois Enfans mâles, Louis-Auguste, Armand II, et Henri, chevalier de Malte. — Louis-Auguste et Armand II ont recueilli successivement la substitution, et sont morts sans Enfans. Henri étant décédé avant Armand II, ses biens ont été dévolus à la comtesse de Poitiers, leur sœur consanguine, qui vecut et décéda sans Enfans. — Ainsi se trouva éteinte toute la postérité de Louis

Digitized by Google

de Bourbon, testateur; mais il avait eu une sœur nommée Magdeleine de Bourbon, qui avait épouse Jacques d'Escars de Merville, de laquelle descend le marquis d'Escars, partie au procès dont nous allons rendre compte. On a élevé la question de savoir si celui-ci était appelé à cette substitution. — La cause portée au châtelet, voici ce qu'on disait en substance pour le marquis d'Escars et pour sa mère, qui était jointe à lui.

« La volonté de Louis de Bourbon-Malause, d'après les termes de son testament, a été d'établir une substitution graduelle et perpétuelle, non seulement en faveur de tontes les branches de sa descendance masculine et féminine, mais encore en faveur de ses neveux, leurs Enfans et les descendans de leurs Enfans. Or, le marquis d'Escars est descendant de Magdeleine de Bourbon, sœur du testateur; il est donc descendant des descendans des neveux du testateur; il est donc appelé à la substitution : l'intention formelle du testateur, d'après les termes précis de son testament, a été de l'y appeler; il doit donc la recueillir ».

Les principaux moyens du marquis de Saint-Chamant et des marquises de Vaubecourt et de Murinais, se réduisaient à cet argument : « Le testateur a voulu que la substitution fût graduelle dans sa descendance; il n'a voulu qu'elle fût graduelle dans la branche de ses neveux qu'autant qu'à défaut de la descendance, ses neveux commenceraient la substitution; mais si elle a parcouru le degré des Enfans du testateur, le degré de leurs Enfans, et si ceux-ci meurent sans Enfans, il n'y a de vocation que pour les neveux et les Enfans mâles du premier degré..... Or, le marquis d'Escars n'est point de la descendance de Louis de Bourbon, testateur; il n'est que l'arrière-petit-fils du sieur de Merville, l'un des neveux, qu'on prétend avoir été appelé dans le cas seulement où le testateur ne laisserait point de descendance, pour recueillir les biens qu'il a voulu substituer; il se trouve donc étranger au nom de Louis de Bourbon; il n'est affilié à Louis de Bourbon, au huitième degré, que par la sœur de Louis, le testateur, qui a épouse un d'Escars ». — On a ajouté à cet argument un autre moyen : on a dit que les Enfans et la veuve de Louis de Bourbon avaient reconnu que cette substitution ne portait sur rien; que ni eux ni leurs descendans n'y pouvaient rien prétendre, parceque les biens substitués avaient été absorbés par les reprises de la veuve, les dettes étrangères, une donation contractuelle au profit de l'aîné, et qu'ainsi le testateur n'avait pu substituer ce qui ne lui appartenait pas.

Ces raisons ont parn décisives aux officiers du châtelet. Par sentence contradictoire du 27 février 1779, rendue sur les conclusions de M. de Sartine, avocat du roi, la marquise d'Escars et son fils ont été déboutés de leur demande.

Sur l'appel porté à la grand'chambre du parlement de Paris, M. Leroi, défenseur des appelans, a posé ainsi la question : — « Louis de Bourbon-Malause a fondé un fidéicommis graduel et perpétuel dans sa maison; mais prévoyant l'extinction de sa descendance, il a appelé ses neveux et leurs Enfans mâles, à la charge qu'eux *et les leurs* quitteraient le nom de leur famille, et porteraient son nom et ses armes. — Il s'agit de savoir si cette vocation embrasse tous les descendans des neveux, ou si l'on doit en restreindre le sens aux Enfans des neveux du premier degré. — La marquise d'Escars soutient que les expressions dont le testateur s'est servi, sont collectives de tous les degrés.— Le marquis de Saint-Chamant et les dames ses sœurs prétendent, au contraire, que Louis de Bourbon n'a voulu parler que des Enfans des neveux au premier degré, et que les Enfans des neveux n'existant plus depuis long-temps, la substitution est devenue cadnque par leurs prédécés. Ainsi cette cause très importante se réduit à discuter principalement ce qu'on entend par le mot *Enfans*, qui correspond au mot *Liberi* des Romains ».

M. Target, qui a défendu le marquis de Saint-Chamant et les marquises de Vaubecourt et de Murinais, a présente l'affaire sous ce point de vue : — « On veut, sous le nom du marquis d'Escars, dépouiller les héritiers de la comtesse de Poitiers des biens qu'elle a laissés..... et le prétexte de cette prétention est un testament fait en 1660, par Louis de Bourbon-Malause, aïeul de celle-ci. Le marquis de Saint-Chamant et ses sœurs, neveu et nièces à la mode de Bretagne, de la défunte, sont ses plus proches parens. Pour le marquis d'Escars, la sœur de Louis de Bourbon était la bisaïeule de son aïeul. Il n'est parent de la comtesse de Poitiers qu'au neuvième degré. — Telles sont les qualites des parties. Tous les biens réclames sont dans le ressort du droit ecrit, qui ne connaît point l'affection des propres, et qui défère les successions suivant l'ordre de la nature et la proximite du sang. — Quel est le titre que fait valoir le marquis d'Escars? Une clause du testament, qui, après l'extinction de la descendance du testateur, appelle ses neveux et leurs Enfans mâles, en les chargeant de prendre son nom et ses armes, et de les transmettre aux leurs. Les Enfans mâles des neveux sont morts depuis long-temps; celui qui, dans la branche de Merville d'Escars, avait cette qualité, était le bisaïeul du marquis d'Escars, et c'est celui-ci qui se présente, comme appelé de son chef, après la mort de la comtesse de Poitiers. — Où est la disposition qui l'appelle? et peut-on créer une disposition qui n'existe pas, pour intervertir l'ordre naturel des successions? Voilà toute la cause. On sent que le marquis d'Escars ne peut présenter que des conjectures à défaut de cause, des raisonnemens à défaut de titres, des présomptions, c'est-à-dire, des doutes, à défaut de preuves. Les premiers juges, après sept audiences et deux heures et demie de délibération, ont prononcé qu'il était sans droit. — Au reste, la substitution prétendue manque de matière autant que de titres. Il n'y a point de vocation;

Digitized by Google

il n'y a point de biens. Une liquidation faite en 1681, entre le fils aîné de Louis de Bourbon, sa veuve et les autres Enfans, premiers appelés à la substitution, contient non seulement la preuve, mais encore, de la part des appelés en ligne directe (qui avaient, de préférence à tous collatéraux, le principal, l'immédiat interêt à constater l'existence de la substitution), une reconnaissance formelle que toute la succession de Louis de Bourbon était absorbée, et au-delà, par ses dettes, par les reprises de sa veuve, par une donation contractuelle de moitié des biens au fils aîné, et par les legs particuliers contenus dans le testament. Cet acte qui offre une liquidation toute faite, cet acte, qui, avant l'ordonnance de 1747, n'avait pas, comme depuis, besoin d'homologation pour être opposé aux degrés subséquens, ne peut pas être suspect de fraude contre l'interêt direct de ceux même qui l'ont signé; et quoique attaquable sans doute s'il était frauduleux, il fait loi tant qu'il n'est pas attaqué. — Telles sont les idées principales d'une affaire sur laquelle, après un long circuit de paroles, de conjectures, de probabilités, de vraisemblances successivement presentées, combattues, reproduites et anéanties, il faudra à la cour, comme il a fallu au châtelet, revenir à ces deux mots : il n'y a point de vocation, et il n'y a rien ».

Après cette exposition générale, M. Target a divise ses moyens en deux parties. 1°. Il n'y a point de vocation pour le marquis d'Escars. 2°. Il n'y a point de biens.

M. Target a fondé sa première proposition sur la clause du testament de Louis de Bourbon, *en cas que tous mes Enfans....*; il a ensuite discuté les mots *Enfans* et *liberi*; il a soutenu que le premier n'avait point de correspondance avec le second, et il a cité à ce sujet le cinquième plaidoyer de M. Marion, Henrys, liv. 5, quest. 16; Bretonnier au même endroit; Pothier, *des Substitutions*, sect. 3.

Quant à sa seconde proposition, *il n'y a point de biens*, M. Target l'a défendue avec l'acte de liquidation ou transaction de 1681; il a soutenu que cet acte était légitime, qu'il n'était pas suspect de fraude, qu'il pouvait être opposé aux derniers appelés, parcequ'il était antérieur à la loi écrite dans l'art. 53 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747; que d'ailleurs la liquidation était faite, et qu'il n'y avait point de nécessité de la refaire, à moins que l'acte qui la contenait ne fût annullé.

Ces moyens n'ont pas eu au parlement le même succès qu'au châtelet. — Par arrêt du 6 août 1779, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier, le tuteur à la substitution a été reçu partie intervenante; il lui a été donné acte de ce qu'il adhérait aux conclusions du marquis d'Escars : faisant droit sur l'appel, la cour a mis l'appellation et ce dont avait été appelé au néant, émendant, a déclaré la substitution portée au testament de Louis de Bourbon-Malause, du 7 janvier 1660, ouverte au profit du marquis d'Escars, à la charge par lui de se retirer par-devers le roi, pour obtenir la permission de porter le nom et les armes du testateur, et les intimés ont été condamnés aux dépens.

Nous devons pourtant convenir qu'il est des cas où l'on doit juger autrement. Comme ces sortes de questions ne tombent que sur la volonté, la moindre circonstance peut changer les espèces.

M. Favre, en son Code, liv. 6, tit. 22, déf. 12, rapporte un arrêt du sénat de Chambery du mois de juin 1584, qui juge que les petits-Enfans ne sont pas censés appelés à une substitution faite en faveur *des Enfans qui naîtront de tel et de telle*. La raison en est, dit-il, que, quoique régulièrement les petits-Enfans soient compris sous le mot *Enfans*, la particule *de*, qui correspond au latin *ex*, ne désigne que la cause prochaine et immédiate; en sorte qu'en appelant les Enfans qui naîtront *de* telles personnes, le testateur est censé n'avoir appelé que ceux à qui ces personnes donneront elles-mêmes l'existence, *qui ex eorum corporibus nascerentur*. — [[*V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 14 fructidor an 10, rapporté ci-après.]]

Voici une autre espèce où, sur des présomptions beaucoup plus faibles, on a encore restreint la signification du mot *Enfans*, au premier degré de descendance.

En 1763, le sieur de La Motte fit un testament olographe, par lequel, après avoir fait un legs particulier à la demoiselle Sebré, sa cousine germaine, et sa seule héritière, comme plus proche en degré, il institua pour ses légataires universels, quant au surplus de ses biens, les enfans du feu sieur Lutton, son cousin germain du côté paternel, et ceux du feu sieur Sebré, son cousin germain du côté maternel, qu'il rappela à sa succession, pour la partager par égales parts et portions. — Quelque temps après, la demoiselle Sebré étant décédée, le sieur de La Motte fit un second testament, par lequel, après quelques legs particuliers, il institua pour ses légataires universels, les Enfans du feu sieur Lutton, son cousin germain du côté paternel, et les Enfans du feu sieur Sebré, son cousin germain du côté maternel. — Lors de ces deux testamens, les Enfans du feu sieur Lutton étaient au nombre de quatre : le sieur Lutton, commis au greffe du parlement de Paris, la demoiselle Lutton, femme Dubois, la demoiselle Lutton, femme Goblain, et la demoiselle Lutton, veuve de La Salle; et ceux du feu sieur Sebré étaient au nombre de trois : le sieur Sebre, la demoiselle Sebré, femme Dubos, et la demoiselle Sebré, veuve Uranceau. — Avant la mort du sieur de La Motte, testateur, deux de ces Enfans institués légataires universels, sont decedés : du côté maternel, le sieur Sebré, père de la dame Limanton, et du côté paternel, la dame Goblain, mère du sieur Goblain et de la dame Deruelle. — Le testateur est décédé en 1776. Il n'existait à son décès, comme on le voit, que cinq Enfans issus de ses cousins germains, et trois petits-Enfans. — De ces trois petits-Enfans des cousins germains du testateur, la dame Deruelle seule, ou plutôt son mari, a réclamé une portion dans le legs universel, contre

Digitized by Google

les cinq Enfans institués. L'instance a été portée aux requêtes du palais. La dame Deruelle a renoncé à la succession du sieur de La Motte, pour s'en tenir à son legs universel, et en a demandé la délivrance; mais elle a succombé dans sa demande. Appel au parlement de Paris. — L'unique question que presentait cette affaire, etait donc de savoir quelle était la signification du mot *Enfans*, dans le testament du sieur de La Motte. Devait-il se restreindre aux Enfans du premier degré, ou devait-on l'étendre aux petits-Enfans? — La dame Deruelle a prétendu que le sieur de La Motte ayant institué pour ses légataires universels les Enfans de ses cousins germains, les petits-Enfans de ces mêmes cousins germains etaient appelés, au défaut de leur père ou mère, tant par la signification propre du mot *Enfans*, qui comprend les petits-Enfans et toute la descendance, que par l'expression générale du testateur, qui, n'ayant pas plus d'affection pour un Enfant que pour l'autre de ceux qui existaient lors de son décès, n'avait pas entendu exclure la descendance d'aucun d'eux. — Les cinq légataires, en parité de degré, ont dit que la dame Goblain étant décédée avant le testateur, sa part dans le legs était devenue caduque; que cette part avait accru à tous les autres légataires, et que par suite la dame Deruelle, fille de la dame Goblain, n'avait pu en profiter. Pour justifier cette assertion, ils se sont attachés à détruire l'application que faisait la dame Deruelle, du mot *Liberi*, tel qu'il est employé dans les lois romaines aux petits-Enfans. Ils ont soutenu que le mot *Enfans* dont le testateur s'était servi, répondait au mot latin *filii*, et qu'en conséquence il devait être restreint au premier degré, suivant la loi *qui si nepotes, D. de testamentarid tuteld*. Ils ont cité l'art. 62 de l'ordonnance de 1735, rappelé ci-dessus, et ils ont prétendu que ce texte formait une loi générale et applicable à tous les cas. — M. l'avocat général Joly de Fleury, qui a porté la parole dans cette affaire, a dit que les intimés faisaient une mauvaise application de l'art. 62 de l'ordonnance des testamens; que cet article prouvait même que dans les dispositions faites en ligne directe, les petits-Enfans étaient régulièrement compris sous la dénomination d'Enfans; mais qu'en ligne collatérale, la chose souffrait plus de difficulté; qu'on ne présumait point de la part d'un parent collatéral la même affection pour les Enfans de ses parens, que pour ses parens eux-mêmes, à moins qu'il n'y en eût des preuves marquées; que dans le cas particulier dont il s'agissait, on ne devait pas croire que le testateur eût voulu déroger à l'ordre successif, en faisant concourir des cousins issus de germains, avec des cousins germains.

En conséquence, M. l'avocat général a conclu à la confirmation de la sentence; et la cour a adopté ses conclusions par arrêt du 20 juin 1777, rendu à l'audience de relevée.

[[L'espèce suivante est plus remarquable.

Le 1er août 1697, testament de Pierre Cheinel, par lequel il institue pour héritiers les Enfans de Georges-Antoine Cheinel, son fils. — Par le même acte, il donne pouvoir à son fils de choisir parmi ses Enfans un héritier universel, et de les substituer graduellement, afin de conserver ses biens dans sa descendance. — A défaut d'Enfans de son fils, il institue ses quatre filles, leurs Enfans ou petits-Enfans, l'un d'eux ou plusieurs, suivant le choix que son fils voudra faire; et, dans ce même cas, il donne pouvoir à son fils de substituer graduellement celui qu'il élira, soit pour la totalité, soit pour une partie seulement de sa portion. — Enfin, dans le cas où Georges-Antoine Cheinel ne ferait aucun choix, le testateur nomme pour ses héritières universelles, ses quatre filles par égales portions: si l'une d'elles était décédée, il nomme à sa place ses Enfans ou petits-Enfans, qui auront dans les biens la même part que leur mère ou grand'mère, saufque l'aîné mâle y prendra une part double; et il les substitue les uns aux autres pour que les biens ne sortent pas de sa descendance.

Après la mort du testateur, Georges-Antoine, son fils, s'est mis en possession des biens. — Le 3 juillet 1721, celui-ci fait un testament par lequel, « en vertu du pouvoir qu'il tient de son père, il nomme pour ses héritiers universels, tant de ses biens que de ceux provenans de son père même, savoir, pour ceux qui sont situés à Néronde, Balbigny, Vendrange et Chirapimont, Joseph-Silvestre de Laferrière, fils de Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière, et de Claudine de Lacolonge, et pour les autres biens, Georges-Antoine Maygdon; et où ledit Pierre-Joseph-Silvestre de Laferrière viendrait à décéder sans Enfans, il lui substitue pour les immeubles, *le premier enfant mâle qui naîtra du mariage dudit Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière père, à l'exclusion des filles*, auquel cas il lègue à chacune de celles-ci une somme de 1000 fr.; — Et au cas où pareillement Georges-Antoine Maygdon viendrait à décéder sans Enfans, il lui substitue son frère puîné, etc. »

Pierre-Joseph-Silvestre de Laferrière, héritier institué et grevé, n'avait alors qu'environ deux ans. — Après le décès de Georges-Antoine Cheinel, il est né à Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière père, un second Enfant mâle, qui a été appelé Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière-Lanoërie; c'était le frère de l'héritier grevé.

Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière-Lanoërie, est mort en 1789, mais il a laissé un fils nommé Gaspard-Irénée-Silvestre de Laferrière-Lanoërie. — Pierre-Joseph-Silvestre de Laferrière, héritier grevé, est mort en février 1792, huit mois avant l'abolition des substitutions fideicommissaires.

Le 8 ventose an 5, Gaspard-Irénée-Silvestre de Laferrière-Lanoërie a demandé, contre la dame Chol, héritière universelle des biens libres de l'héritier grevé, l'ouverture de la substitution fondée par le testament du 3 juillet 1721. — Le 14 fructidor suivant, jugement du tribunal civil du département de la Loire, qui déclare que cette substitution est devenue caduque par le prédécès de Georges-

Digitized by Google

Antoine-Silvestre de Laferrière-Lanoërie, père du demandeur.

Appel de la part de celui-ci : — Il a soutenu que le tribunal de première instance avait mal jugé, — 1°. parceque le testament de Georges-Antoine Cheinel n'était que l'exécution de celui de Pierre Cheinel, son père; 2°. que ce n'était point un fidéicommis simple, que Georges-Antoine Cheinel avait fait; qu'en substituant le premier Enfant mâle à naître du mariage de Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière, père, il avait fait une substitution *collective*; que cette substitution embrassait toute la descendance, pour ne former cependant qu'un seul degre; qu'elle devait être recueillie par le premier Enfant mâle qui existerait à l'époque de l'événement de la condition; 3°. que sous le mot *Enfans*, les lois comprennent les petits-Enfans; que l'on devait considerer celui qui existait au momentoù la condition venait à s'accomplir; 4°. que le testateur avait voulu se conformer aux intentions de son père, lequel avait fait des substitutions de plusieurs degrés; 5°. qu'en appelant *le premier Enfant male à naître*, il n'avait pu affectionner aucun individu déterminé, puisque celui qu'il appelait, n'était pas encore né; 6°. que le testateur avait instinctivement le premier Enfant mâle à l'exclusion des filles; que si son intention eût été de nommer exclusivement l'enfant mâle qui naîtrait le premier, il eût été inutile d'exclure les filles; et que dans cette hypothèse, une pareille exclusion eût été absurde; 7°. qu'il était indifférent que le testateur eût appelé un *Enfant*, au singulier, parceque ce mot est également collectif de toute la descendance; mais que le testateur avait voulu que ses biens ne fussent pas divisés et appartinssent à un mâle, l'ordre de primogéniture observé.

La dame Chol a soutenu au contraire qu'il avait été bien jugé; — Que les fideicommis ne s'établissaient point par conjectures; qu'ils ne pouvaient se transmettre; que le père du demandeur avait été seul appelé à la substitution dont il s'agissait; et que sa mort, antérieure à celle du grevé, avait fait faillir la condition; — Que le demandeur n'était ni dans la condition ni dans la vocation; que le testament du 3 juillet 1721 avait appelé exclusivement le premier Enfant mâle à naître; que le demandeur n'était pas cet Enfant; que conséquemment il n'était pas appelé.

Sur ces moyens respectifs, arrêt de la cour d'appel de Lyon, du 29 prairial an 9, qui, — « Considérant que pour déterminer quelle est celle des parties qui a le droit de recueillir les biens énoncés dans le testament de Georges-Antoine Cheinel, du 3 juillet 1721, il faut caractériser le genre de substitution que renferme ce testament dans la branche de Laferrière; — Que pour décider si une substitution est *collective* ou *nominative*, on doit s'attacher aux termes de la disposition, qui seuls peuvent faire connaître la volonté du testateur; — Que dans l'espèce, la volonté du testateur s'explique clairement pour une substitution *collective*; — Que cette vérité dérive de la clause même du testament conçu en ces termes : *Substitue le premier Enfant mâle qui naîtra du mariage de Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière père, à l'exclusion des filles*; — Que si Georges-Antoine Cheinel eût eu en vue nominativement et exclusivement le premier individu mâle qui naîtrait, l'exclusion des filles n'était plus qu'une stipulation inutile et même absurde; — Que dès que cette exclusion a été prononcée par le testateur, il est évident qu'il n'avait pas porté ses regards sur un seul individu; — Que ces mots *premier Enfant mâle à naître*, ne désignant aucun individu en particulier, indiquent nécessairement une branche; — Que le mot *Enfant*, au singulier, comme au pluriel, est collectif et comprend la descendance suivant les principes consacrés par le droit romain et par le droit français; — Que pour connaître le *premier Enfant mâle* appelé à la substitution, c'est au moment de l'événement qui a donné lieu à l'ouverture de cette substitution, qu'il faut se placer, et non au moment de la naissance; — Que l'appelant est le premier Enfant mâle de la descendance de Georges-Antoine-Silvestre de Laferrière, père, existant au moment de l'ouverture de la substitution; — Statuant sur l'appel....., dit qu'il a été mal jugé par la sentence du 14 fructidor an 5, dont est appel, bien appelé; émendant, que Silvestre de Lanoërie est déchargé des condamnations contre lui prononcées; en conséquence, que la substitution contenue au testament de Georges-Antoine Cheinel, en date du 3 juillet 1721, est déclarée ouverte à son profit; ce faisant, qu'il est autorisé à se mettre en possession des biens qui en dépendent; que la dame veuve Chol est condamnée et sera contrainte par toutes les voies de droit à payer la restitution des fruits, à compter du 8 ventose an 5, date de la demande qui a été formée en ouverture de la substitution, etc. »

Mais la dame Chol s'est pourvue en cassation; et le 14 fructidor an 10, au rapport de M. Oudot, « vu la loi 34, *D. de conditionibus et demonstrationibus*, portant : *Nominatim alicui legetur, ita, Lucio Titio, an per demonstrationem corporis, vel artificii, vel officii, vel necessitudinis, vel affinitatis, nihil interest; nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest falsa aut vera sit, si certum sit quem testator demonstraverit*; — La loi 222, *D. de verborum significatione*, ainsi conçue : *Cùm in testamento scriptum esset ut heres in funere aut in monumento duntaxat aurea centum consumeret, non licet minùs consumere; si amplius vellet, licet : neque ob eam rem contra testamentum facere videtur*; — La loi 81, *D. de ac quirendâ vel omittenedâ hereditate*, portant : *Totiès videtur heres institutus etiam in causâ substitutionis adiisse, quotiens acquirere sibi possit : nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem*; — Attendu que le testateur n'avait substitué à Joseph-Silvestre son héritier, au cas qu'il décédât sans Enfans, que le premier Enfant mâle qui naîtrait du mariage de Silvestre de Laferrière, à l'exclusion des filles, à chacune desquelles il laissait

Digitized by Google

1000 livres; — Que les termes de cette substitution sont clairs, et ne présentent aucune ambiguïté; — Que pour recueillir cette substitution, il fallait nécessairement être issu du mariage de Silvestre de Laferrière et de Claudine de Lacolonge, son épouse, désignée dans la disposition relative à l'institution, et être le premier Enfant mâle issu de ce mariage; — Attendu que le défendeur ne réunit aucune de ces deux conditions; que ce n'est donc pas par une interprétation, mais par une violation manifeste de la lettre du testament et de la volonté du testateur, que le tribunal d'appel de Lyon a déclaré la substitution ouverte au profit du défendeur; — Attendu que cette ouverture de la substitution déclarée en faveur du défendeur, ne peut pas être soutenue par la maxime que le mot *Enfant* en général comprend les descendans dans tous les degrés, parceque le sens de ce mot est restreint dans l'espèce par la designation formelle du premier Enfant mâle qui naîtrait du mariage de Silvestre de Laferrière, et qu'il est impossible de comprendre dans cette dénomination un Enfant mâle né du mariage d'un autre individu que Silvestre de Laferrière; — Que cette interprétation est surtout inadmissible, lorsque ce ne sont pas des Enfans en nom collectif qui sont appelés, mais un Enfant au singulier et bien designé; et que suivant les lois romaines mêmes, les legs ou les substitutions ne sont pas moins individuels, quoique l'appelé ne soit pas indiqué par son nom propre, mais par la designation de sa parenté ou alliance; — Attendu qu'il est d'autant plus injuste de traduire ainsi une substitution unique et individuelle en une substitution collective et de famille, qu'il est bien évident que si l'héritier institué avait laissé une fille, la substitution serait certainement devenue caduque, ce qui exclut toute idée, de la part du testateur, de conserver ses biens dans la ligne masculine de ses neveux; — Attendu que ces termes ajoutés à la substitution, *à l'exclusion des filles*, ne peuvent pas supposer une vocation générale de la postérité des mâles, lorsque toutes les expressions du testament y répugnent, et ne forment qu'une substitution simple et individuelle; que dans l'hypothèse, sur-tout, on ne peut donner à cette expression, *à l'exclusion des filles*, l'interprétation que le tribunal d'appel de Lyon lui a donnée, parceque les filles, au cas de l'évènement de la substitution, sont rappelées pour recevoir un legs; et que ce ne peut être nécessairement que les filles du premier degré, sans quoi le legs pourrait être indéfiniment étendu et épuiser l'hérédité; — Attendu que de tout cela il resulte que le tribunal d'appel de Lyon n'a pas interprété le testament de Georges-Antoine Cheinel, mais qu'il a substitué la volonté de son tribunal à celle dudit Georges-Antoine Cheinel; et qu'en le faisant, il a également violé les lois qui veulent que la volonté du testateur soit religieusement exécutée, et celles qui prohibent la transmission d'une substitution non ouverte; — Enfin, qu'il a fait une fausse application de celles qui veulent, en général, et lorsqu'il n'y a pas d'expression qui limite, que le mot *Enfant* comprenne les descendans à tous les degrés; — Par ces motifs, le tribunal casse et annulle le jugement rendu par le tribunal d'appel séant à Lyon, le 29 prairial an 9; met les parties au même état où elles étaient avant ce jugement; et les renvoie, pour leur être fait droit sur le fond, devant le tribunal d'appel seant à Grenoble..... »

En execution de cet arrêt, la cour d'appel de Grenoble a statué sur le fond; et par un arrêt contradictoire dont je n'ai pas retenu la date, mais de l'existence duquel je suis sûr, elle a confirmé le jugement du tribunal civil de la Loire.

Une question à peu près semblable a été agitée peu de temps après dans la même famille.

François-Silvestre de Laferrière avait deux frères, Georges-Antoine et François-Christophe, et une sœur mariée au sieur Berchoux. — Par son testament du 11 janvier 1699, il institua pour son héritier le sieur Donzy, à la charge de remettre l'hérédité à celui de ses deux frères Georges-Antoine et François-Christophe, qu'il voudrait choisir à l'époque de sa majorité. — Le testament contenait ensuite une substitution dont il est important de connaître la teneur: « *Substituant des à présent* à celui qui sera *nommé en son hoirie, le* PREMIER ENFANT MALE *qu'il aura de mariage légitime. Et en cas que ledit premier Enfant mâle vienne à mourir sans être marié et avoir Enfans légitimes, il substitue le puîné des Enfans mâles dudit héritier nommé* (c'est-à-dire, le *frère puîné* du premier mâle), à défaut de mâles, *les filles par même ordre et condition;* et si ledit héritier nommé venait à décéder sans Enfant légitime, ledit testateur lui substitue son autre frère et aux mêmes conditions sus-expliquées; et où aussi ledit frère dernier succédant à l'hoirie, viendrait à décéder sans Enfans vivans et mariés, ledit testateur substitue en tous ses biens ladite demoiselle Silvestre sa sœur, femme dudit sieur Berchoux ».

Après le décès de François-Silvestre de Laferrière, le sieur Donzy recueille l'hérédité, en exécution du testament; et fidèle à remplir la charge que lui impose cet acte, il en fait la restitution, en 1703, à Georges-Antoine, l'aîné des deux frères du testateur, qu'il nomme à cet effet héritier de celui-ci: — Georges-Antoine laisse six Enfans, deux mâles Pierre-Joseph et Georges-Antoine II, et quatre filles.

On n'a pas oublié que l'*héritier nommé* (Georges-Antoine Ier) était grevé de substitution envers le *premier mâle*, qui naîtrait de son mariage. D'après cette disposition, Pierre-Joseph son fils aîné, recueille dans sa succession l'hérédité du testateur, exclusivement à son frère Georges-Antoine II et de ses sœurs.

Comme on l'a vu dans l'espèce précédente, Georges-Antoine II meurt en 1769, laissant un fils nommé Gaspard-Irénée-Silvestre de Laferrière-Lanoërie; et Pierre-Joseph meurt sans Enfans en février 1792.

Alors se présentent pour recueillir la substitution, d'une part, Marie-Charlotte-Silvestre, veuve Du-

Digitized by Google

puy, sœur de Pierre-Joseph, et fille de Georges-Antoine Ier, *héritier nommé* par Donzy; de l'autre, Gaspard-Irénée-Silvestre de Laferrière-Lanoërie, fils de Georges-Antoine II, mort, comme on vient de le dire, en 1769.

Celui-ci soutient, 1°. que la substitution établie par le testament de François-Silvestre de Laferrière, du 3 janvier 1699, était une substitution graduelle et masculine, dont l'objet était de conserver les biens substitués sur la tête des mâles de la famille tant qu'il y en aurait un seul; et que ce n'était qu'à défaut absolu de mâle dans toutes les branches, que la substitution pouvait passer aux filles; — 2°. Que c'est donc mal à propos que la substitution est réclamée par sa tante, Marie-Charlotte-Silvestre, veuve Dupuy, puisqu'au décès de Pierre-Joseph, en 1792, il existait un mâle, et qu'il était l'aîné, savoir lui Gaspard-Irénée-Silvestre; — 3°. Que le testament, en cas de décès de *Pierre-Joseph sans Enfans*, appelait le fils *puîné* de *Georges-Antoine Ier*, dans la supposition que le *puîné* serait vivant au moment de ce décès; mais qu'ayant prédécédé son frère *Pierre-Joseph*, son droit était transmis à son fils, c'est-à-dire à Gaspard-Irénée-Silvestre; — 4°. Que la disposition qui appelait le *frère puîné*, appelait tacitement le fils de ce frère *puîné*; parcequ'en pareil cas, le père et le fils ne doivent être considérés que comme une seule et même personne; — 5°. Qu'après tout, il peut lui-même s'appliquer la dénomination de *puîné*, qui avait appartenu à son père, parceque les Enfans d'un frère *puîné* sont effectivement des *puînés*, sous leur rapport avec leur oncle; — 6°. Qu'il faut, en pareil cas, donner à la qualité de *puîné* la même acception que le mot *liberi* reçoit dans le droit romain, c'est-à-dire, l'entendre de toute la descendance; — 7°. Qu'enfin, à défaut d'expression formelle et littérale dans le testament de 1699, il faut y suppléer par l'intention notoire du testateur d'établir dans sa famille une substitution graduelle et masculine, et de favoriser les mâles à l'exclusion des femelles; — 8°. Que les substitutions *conjecturales*, prohibées par l'ordonnance de 1747, sont admissibles à l'égard d'un testament antérieur à cette ordonnance, les lois n'ayant point d'effet rétroactif.

A cette défense, la veuve Dupuy et, après sa mort, ses héritiers opposent, 1°. Qu'il n'est pas vrai que la substitution portée au testament de 1699, fût graduelle, puisqu'on n'y trouve pas un mot qui introduise cette condition; — 2°. Qu'il n'est pas vrai qu'elle eût pour objet de conserver les biens sur la tête des mâles, puisque le testateur en termine le cours sur la tête du premier mâle qui aura des Enfans sans distinction de *sexe*; — 3°. Qu'il est vrai que le décès de Pierre-Joseph *sans Enfans*, devait transmettre la substitution au *puîné* des Enfans mâles de *l'héritier nommé*; mais que le sieur de Lanoërie n'est pas le *puîné* des Enfans mâles de cet héritier; qu'il n'est pas même son fils; qu'il n'est pas issu de son mariage; qu'il n'a aucune qualité, aucune dénomination à prendre, aucun rang à s'attribuer, parmi ses Enfans mâles; qu'il n'est ni un *aîné*, ni son *puîné*, n'étant pas *né* de lui; qu'il n'est donc pas appelé à recueillir cette substitution; — 4°. Qu'il y a eu effectivement un *puîné* de *l'héritier nommé*, savoir, Georges-Antoine Silvestre II; mais que ce *puîné*, seul appelé à recueillir le bénéfice de la substitution, étant décédé trois ans avant son ouverture, sa vocation est devenue *caduque*; — 5°. Que la prétention du sieur Lanoërie de représenter, son père pour recueillir une substitution à laquelle celui-ci était *seul appelé*, est en opposition évidente avec l'ordonnance de 1747, qui prohibe la *représentation* en matière de substitution; — 6°. Que l'idée de se placer lui-même dans la vocation, en faisant résulter de l'expression *puîné*, une vocation collective, est en contradiction ouverte avec le testament qui n'introduit qu'une substitution nominative, sans extension en faveur de la ligne directe; — 7°. Que s'offrir lui-même personnellement comme appelé sous le titre de *puîné*, sous prétexte qu'on peut aussi le considérer comme *puîné*, est une misérable équivoque indigne d'une sérieuse réfutation; — 8°. Que le recours aux *conjectures* est une double inconséquence, d'abord en ce que c'est ressusciter une vieille jurisprudence formellement proscrite par l'ordonnance de 1747, ensuite, parceque, dans son propre système, une discussion *conjecturale* se tournerait contre lui.

Par jugement du 18 pluviose an 13, motivé sur la considération que la substitution dont il s'agit, est une substitution nominative et non collective, individuelle et non graduelle; qu'elle ne porte aucun caractère de masculinité; et qu'en un mot le sieur Lanoërie ne s'y trouve appelé sous aucun rapport; le tribunal de première instance de Roanne déboute le sieur Lanoërie de sa demande, et maintient les héritiers de la veuve Dupuy dans la propriété et possession des biens litigieux.

Le sieur Lanoërie appelle de ce jugement; et après une nouvelle discussion, il intervient, le 23 mai 1806, un arrêt par lequel, — « Considérant que toutes les parties conviennent qu'il existe une substitution dans le testament de François-Silvestre Laferrière; — Que dans ce testament on trouve deux dispositions: — par la première, le testateur a substitué le *puîné* des Enfans mâles dudit héritier nommé; par la seconde, à défaut de mâles, les filles, par même ordre et condition; — Que les Enfans mâles sont appelés par préférence aux femmes; que la substitution n'est ni nominative ni individuelle, puisqu'il pouvait y avoir plusieurs puînés; — Que ce n'est qu'au moment de l'ouverture de la substitution, que celui qui est le puîné des Enfans mâles a pu être connu; — Que le mot *Enfant* correspond au mot *Liberi*; qu'il a une signification aussi étendue; que ce principe est constant, d'après l'avis de tous les jurisconsultes, et notamment de Dumoulin; — Que le mot *Enfant* comprend les *petits-Enfans*, d'après la loi 220, au Digeste, *de verborum signi-*

Digitized by Google

ficatione ; — Que les mâles étant préférés aux femmes, la substitution n'a pu s'ouvrir pour celles-ci, qu'après l'extinction des mâles ; — Que Gaspard-Irénée-Silvestre de Laferrière-Lanoërie étant de la descendance, est le puiné des Enfans mâles ; qu'il est par conséquent le seul appelé à recueillir ; — la cour (d'appel de Lyon) dit qu'il a été mal jugé..... et déclare la substitution..... ouverte au profit de Gaspard-Irénée-Silvestre de Laferrière-Lanoërie..... ».

Recours en cassation de la part des héritiers de la veuve Dupuy, fondé sur quatre moyens : — 1°. Excès de pouvoir et contravention à l'art. 19 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747, en ce que l'arrêt crée d'office, dans le testament de 1699, une substitution graduelle et masculine ; — 2°. Violation des art. 20 et 21 du tit. 1 de la même ordonnance sur la transmission des substitutions fidéicommissaires ; — 3°. Fausse interprétation de la clause *à défaut de mâle*, et contravention à la loi 34, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, de laquelle il résulte qu'une substitution nominative peut être faite par la désignation de la parenté ou de l'alliance du substitué ; — 4°. Fausse application de la loi 220, D. *de verborum significatione*, qui décide que le mot *Liberi* comprend les descendans de tous les degrés.

Par arrêt du 5 janvier 1807, au rapport de M. Cassaigne, et conforme aux conclusions de M. Jourde, — « Attendu, *sur le premier moyen*, que l'arrêt ne présente aucune contravention aux lois qui défendent d'admettre les conjectures sur la volonté du testateur, lorsque les termes dont il s'est servi sont clairs, ni à celles qui veulent que la volonté du testateur soit exécutée ; — Que les termes du testament relatifs à la substitution dont il s'agit, sont vagues et ambigus ; — Que le testateur substitue à l'héritier nommé le premier Enfant mâle qu'il aura de mariage légitime ; — Qu'en cas de décès de cet Enfant sans Enfans, il lui substitue le puîné des Enfans mâles dudit héritier nommé ; et à défaut de mâles, les filles par même ordre et condition ; — Qu'il fait ensuite une substitution subsidiaire en faveur de son autre frère et de ses Enfans, aux mêmes conditions ; — Qu'enfin, à défaut des précédens, il substitue sa sœur, femme Bercheoux ; — Que dans le vague, la généralité et l'ensemble de ces expressions, le testateur n'ayant pas formellement et expressément restreint la vocation du puîné des Enfans mâles de l'héritier nommé, au puîné immédiat de cet héritier, et ayant au contraire subordonné la vocation des filles au défaut de mâles sans restriction, les juges ont pu, sans violer les lois ci-dessus rappelées, chercher dans le testament la véritable intention du testateur, l'expliquer, l'interpréter selon leur conscience, et juger en fait, que Lanoërie, Enfant mâle, issu du puîné immédiat de l'héritier nommé, se trouve collectivement appelé à la substitution par la vocation du puîné des Enfans mâles dudit héritier ; — Qu'on peut d'autant moins invoquer, dans ce cas particulier, l'exemple de l'arrêt de la cour du 14 fructidor an 10, qu'indépendamment de la différence des termes de la substitution actuelle d'avec ceux de la substitution dont il s'agissait alors, il résulte dudit arrêt, à la différence encore du cas présent, qu'en cas d'événement de la substitution, le testateur avait légué 1000 livres à chacune des filles exclues, ce qui restreignait nécessairement la vocation, puisqu'autrement les legs auraient pu s'étendre indéfiniment et épuiser l'hérédité ; — *Sur le second moyen*, que l'arrêt n'étant fondé ni sur le droit de transmission, ni sur celui de représentation, ne viole aucune des lois y relatives ; — *Sur le troisième moyen*, que l'arrêt ne contrevient non plus à aucune des lois suivant lesquelles la substitution nominative peut être faite par la désignation de la parenté, comme par le nom propre de l'appelé, puisqu'il juge et qu'il a pu valablement juger en fait que la substitution est collective ; — *Sur le quatrième et dernier moyen*, qui suivant la loi 220, D. *de verborum significatione*, le mot *Liberi* comprend collectivement tous les degrés de la ligne descendante, et que d'après l'opinion des jurisconsultes français, notamment Dumoulin, Furgole et autres également graves, le mot *Enfant* correspond au mot *Liberi* des Romains, et comprend par son énergie et par la signification que la loi et l'usage lui ont attribuée, tous les descendans, de quelque degré qu'ils soient, lorsqu'ils sont à la place de ceux du premier degré de génération qui sont décédés sans avoir recueilli ; qu'ainsi, loin d'avoir fait une fausse application de cette loi, qui était celle des parties, l'arrêt n'a fait que s'y conformer dans l'espèce ; — par ces motifs, la cour rejette.... ».]]

ENFANT CHERI. On appelle dans la Flandre flamande, *faire Enfant chéri*, avantager un Enfant au préjudice des autres : c'est ce qu'interdisent formellement les coutumes de Gand, rub. 27, art. 2 ; de Waes, rub. 5, art. 3 ; d'Assenède, rub. 20, art. 2 ; d'Eecloo, rub. 19, art. 4 ; de Bergues, rub. 20, art. 2 ; de Bourbourg, rub. 12, art. 1 ; de Poperingue, tit. 10, art. 38 ; de Renaix, tit. 15, art. 1 ; de Bruges, tit. 7, art. 5 ; d'Audenarde, rub. 24, art. 1 ; d'Alost, rub. 11, art. 4 ; de Bouchaute, rub. 13, art. 2 ; de Furnes, tit. 18, art. 2 et 3 ; de Nieuport, rub. 2, art. 6 ; d'Ostende, rub. 12, art. 4.

La disposition de ces coutumes se réduit à obliger l'héritier de rapporter ce qu'il a reçu de plus que les autres, sans pouvoir être dispensé de ce rapport : de sorte qu'on peut les appeler coutumes d'égalité parfaite, et les ranger, à certains égards, sur la même ligne que celles de Paris, de Laon, d'Anjou, du Maine, etc.

Je dis *à certains égards*, car on ne peut pas leur appliquer indistinctement tous les principes établis et les décisions intervenues dans celles-ci.

Par exemple, la défense que l'art. 303 de la coutume de Paris fait aux ascendans d'*avantager leurs Enfans venans à leurs successions l'un plus que l'autre*, n'a d'autre objet que de rendre dans la pei-

Digitized by Google

sonne d'un Enfant la qualité d'héritier incompatible avec celle de donataire ou de légataire; et tous les auteurs conviennent qu'un Enfant peut, malgré cette prohibition, être légataire de sa portion héréditaire et d'un prelegs, parceque pour recueillir l'effet de cette double disposition, il n'a pas besoin de la qualité d'héritier.

Mais il en est autrement dans les coutumes de Flandre. — Quelques unes, il est vrai, et entr'autres celles d'Alost et d'Audenarde, n'expliquent la défense de faire *Enfant chéri* que par l'obligation qu'elles imposent aux donataires de rapporter dans la succession de leurs pères et de leurs mères, ce qu'ils en ont reçu à titre lucratif; mais il y en a d'autres qui étendent cette défense beaucoup plus loin. — Celle de Bruges, en établissant qu'on ne peut faire Enfant chéri, développe sa disposition par ces mots, *savoir qu'un Enfant ne peut avoir en partage plus qu'un autre.* — Celle de Bouchaute déclare que c'est faire Enfant chéri *que de procurer que l'un profite par succession plus que l'autre.* — Celles de Nieuport et d'Ostende expliquent également cette défense par *faire en sorte que l'un des Enfans profite en partage plus que l'autre.* — Celle de Furnes dit « qu'on ne peut faire Enfant chéri, c'est-à-dire, donner à l'un d'eux plus par testament, ou lui laisser ou faire avoir plus par succession qu'à un autre ». — Celle de Gand établit la même chose, quoique plusieurs aient prétendu le contraire : il ne faut pour le sentir que peser les expressions dont elle se sert : « ou ne peut (dit-elle) faire Enfant chéri ou de prédilection, et faire avoir par donation et *partage* de succession à l'un d'eux plus qu'à l'autre ».

Il s'est présenté dans cette dernière coutume, une espèce dont il ne sera pas inutile de rendre compte.

Le sieur de Smidt, avocat à Gand, avait deux Enfans, un fils et une fille : par son testament du 13 janvier 1703, il légua à sa sœur et à ses deux nièces le tiers de la portion héréditaire de son fils, avec cette clause : « sous la charge et prestation du legs dudit tiers, j'entends et comprends seulement et privativement la portion héréditaire particulière de mon fils, sans vouloir, en aucune manière, directement ni indirectement, charger ou diminuer la portion héréditaire de ma fille ». — Le fils a soutenu que le testateur avait, par cette disposition, fait un Enfant chéri dans la personne de sa fille : et sur ce fondement, il a demandé la nullité du legs. — Les légataires lui ont opposé deux moyens : 1°. elles ont soutenu que ce n'est point faire Enfant chéri, dans le sens prohibé par les coutumes de Flandre, que de charger un Enfant d'un legs au profit d'un étranger, tandis qu'on laisse à un autre Enfant la part entière dont il est saisi par la loi; parceque celui-ci, ne réunissant point en sa personne les deux titres d'héritier et de légataire, ne peut être assujetti à aucun rapport. — 2°. Elles ont prétendu subsidiairement que le legs était valable par rapport à elles, puisque le testateur avait toutes les qualités requises pour disposer de ses biens, et qu'il aurait pu leur donner également le tiers de la part de sa fille; qu'ainsi, en supposant dans le testament une contravention manifeste à la défense de faire Enfant chéri, le sieur de Smidt, fils, ne pouvait avoir d'action que contre sa sœur, et cela pour lui faire rapporter à la masse de la succession ce qu'elle avait au-dessus des deux tiers de sa portion légale. — Ce dernier moyen paraît avoir été adopté par les échevins des parchons de Gand, car ils ont déboute le sieur Smidt de sa demande formee contre les légataires, en le laissant *en entier en sessoutènemens envers et contre sa sœur coheritière.* Leur sentence a été confirmee successivement par les échevins de la keure de la même ville, et par le conseil provincial de Flandre; mais sur l'appel porté au grand conseil de Malines, elle y a été infirmée, et le legs a été déclaré nul.

Ou a demande sur cet arrêt l'avis de M. Waymel du Parc, avocat général au parlement de Douai; et ce magistrat a répondu, le 2 octobre 1723, qu'il y avait lieu d'en interjeter la révision, parcequ'il renfermait deux mal jugés : le premier, en ce qu'il décidait que la défense de faire Enfant chéri emporte celle de laisser à un Enfant sa part entière, tandis qu'on diminue celle de l'autre par les legs dont on le charge envers un étranger; le second, en ce qu'il donnait à cette defense un effet absolu, tandis qu'elle n'en peut produire que de relatifs aux cohéritiers entr'eux.

Nous croyons, avec M. Waymel du Parc, que l'arrêt a mal jugé par rapport à ce dernier objet, et que le legs dont il s'agissait aurait dû être déclaré valable à l'égard des légataires : peut-être même l'a-t-on décidé ainsi dans l'instance en revision. — Mais il ne nous paraît pas que le grand conseil de Malines se soit trompé en étendant la prohibition de faire Enfant chéri au-delà du concours des qualites d'héritier et de légataire. On a vu plus haut que les coutumes de Bruges, de Bouchaute, de Nieuport, d'Ostende et de Furnes expliquent cette prohibition par celle de *faire en sorte qu'un Enfant ait quelque chose en partage de plus qu'un autre.* S'il est vrai, comme personne n'en doute, et, comme on l'a vu au mot *Déshérence*, que la disposition uniforme de quatre ou cinq coutumes de la Flandre sur un objet quelconque, forme le droit commun de la province, pourquoi n'adopterait-on pas à la coutume de Gand l'explication claire et précise que cinq autres coutumes renferment sur un point dont toutes les lois municipales de cette province se sont occupees? D'ailleurs, la coutume de Gand concourt elle même à établir cette explication, puisqu'elle dit *qu'on ne peut faire Enfant chéri et faire avoir par donation et* PARTAGE *de succession à l'un d'eux plus qu'à l'autre.* Ce mot *partage de succession* est général; et ce serait violer la règle qui nous défend de distinguer quand la loi ne distingue pas, que de ne pas l'appliquer aussi bien au cas où la part héréditaire d'un Enfant est diminuée par un legs fait à un étranger, qu'à celui où un Enfant est avantagé au prejudice de ses frères et de ses sœurs.

Digitized by Google

On a demandé si c'est faire Enfant chéri que de substituer la part d'un Enfant, tandis qu'on laisse celle des autres tout-à-fait libre. Cette question s'est présentée dans la coutume de Bruxelles, et a été jugée pour la négative par arrêt du conseil souverain de Brabant du 14 juillet 1645.

Un Enfant qui a mérité l'exhérédation, peut-il se plaindre de ce que son père a prélevé sur sa part légale certains avantages au profit de ses frères et de ses sœurs, et ce cas rentre-t-il dans la défense générale de faire Enfant chéri? Il paraît incontestable que non : qui peut le plus, peut le moins. Si un père a eu le pouvoir d'ôter à son fils jusqu'à sa légitime, à plus forte raison a-t-il pu charger de quelques prélegs la portion qu'il a bien voulu lui laisser. Ce serait une absurdité de prétendre que la commisération qui l'a porté à ne pas dépouiller entièrement un ingrat, fût devenue pour lui une obligation de l'égaler en tout à ses autres Enfans.

Une question bien intéressante sur cette matière, est de savoir si une donation faite par un aïeul à son petit-fils, fait un Enfant chéri dans la personne du fils, et si en conséquence elle est sujette à rapport de la part de ce dernier? La coutume de Bailleul, rubr. 12, art. 8, se déclare pour l'affirmative en ces termes : « Personne ne peut avoir ensemble donation et quote-part dans une succession *in lineâ directâ;* mais le donataire (s'il veut être héritier) doit la donation à lui faite *ou à ses Enfans* (par quelque manière que ce fût), rapporter en la succession du donateur, ou moins prendre jusqu'à ce que ses cohéritiers en soient récompensés ». — L'art. 3 de la rubr. 9 de la coutume d'Ypres établit la même chose et à peu près dans les mêmes termes. — S'il y avait encore en Flandre quelques coutumes semblables, on pourrait, suivant la règle établie au mot *Déshérence*, étendre leur décision à toute la province : mais il est constant que deux statuts particuliers ne peuvent pas former une disposition générale; c'est donc par le droit commun que notre question doit être décidée.

Il a été jugé par plusieurs arrêts du parlement de Paris, et entr'autres par ceux des 12 mai 1570, 14 février 1575, 6 mars 1586, 22 décembre 1606 et 6 mai 1630, qu'un fils doit rapporter les donations faites à ses Enfans par son père, aïeul des donataires; c'est aussi ce que décident les coutumes de Paris, d'Orléans, de Blois, de Calais, de Sedan, et telle est la doctrine de tous les auteurs français. Mais cette jurisprudence ne peut recevoir d'application aux coutumes de Flandre, qu'autant qu'elle est conforme aux lois romaines; car ces coutumes renvoient expressément au droit écrit la décision des cas qu'elles n'ont pas prévus.

Tronçon, Charondas, Lebrun, et la plupart de ceux qui soutiennent qu'un fils est obligé au rapport des donations faites à ses Enfans, se fondent sur ce que la loi 6, D. *de collatione bonorum*, établit en faveur du père, après la mort de l'aïeul, un droit de retour de la dot qui a été donnée par celui-ci à sa petite-fille. — Mais, 1°. peut-on argumenter du droit de réversion à celui de rapport? La loi 4 du même titre semble prouver qu'on ne le peut pas, puisqu'elle exempte un père de rapporter la dot qu'il a donnée lui-même à sa fille, quoique, suivant la jurisprudence du Digeste, le rapport embrasse tous les biens, soit profectices, soit adventices, de celui qui y était sujet; et la raison qu'elle en donne est que *non sicut in matris familias bonis esse dos intelligitur, ita et in patris à quo sit profecta.* Ce qui amène naturellement la conséquence qu'on n'est pas tenu de rapporter ce qu'on n'a pas soi-même *in bonis*, et que le fils ne doit pas être considéré à cet égard comme une même personne avec le père. — 2°. Quand on pourrait tirer quelque conséquence du droit de retour à celui de rapport, l'application que les auteurs cités font de la loi 6, D. *de collatione bonorum*, n'en serait pas plus exacte. Pourquoi en effet ce texte décide-t-il que la dot donnée par un aïeul à sa petite-fille, est censée donnée à celle-ci par son père? C'est parceque l'aïeul a déclaré formellement qu'il donnait en contemplation de son fils, c'est-à-dire, pour le décharger de l'obligation que les Romains imposaient aux pères de doter leurs filles : c'est ce qu'annoncent bien clairement ces termes de la loi : *Occurrit æquitas rei ut quod pater meus* PROPTER ME *filiæ meæ nomine dedit, proindè sit atque ipse dederim.* Veut-on une preuve plus convaincante que c'est là le seul motif de cette décision? On la trouvera dans la loi 79, *D. de jure dotium*, qui refuse au père le retour de la dot donnée purement et simplement par l'aïeul à sa petite-fille. *Avus neptis nomine ex filio natæ, genero dotem dedit, et moritur. Negat Servius dotem ad patrem reverti: et ego cùm Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex bonis suis habuisset.*

A ces raisons si décisives par elles-mêmes, se joint un motif d'équité bien plausible : on n'a introduit la nécessité du rapport entre les cohéritiers en ligne directe, que pour conserver entr'eux une égalité parfaite : ce serait donc aller contre l'intention des législateurs, que d'y assujettir les donations qu'un aïeul a faites à ses petits-Enfans, puisque le fils n'a aucun droit sur les biens qui en sont l'objet, et que néanmoins il serait tenu d'en précompter la valeur sur sa part.

En vain dirait-on, avec les auteurs cités plus haut, qu'un aïeul est censé donner à son fils ce qu'il donne à ses petits-Enfans; cette maxime, comme on l'a déjà vu, ne peut être vraie que dans le concours des deux circonstances marquées par la loi 6, *de collatione*, c'est-à-dire, lorsque l'aïeul déclare qu'il donne au nom de son fils, et qu'il s'agit d'une espèce de donation à laquelle celui-ci était obligé comme à une dette proprement dite, telle qu'est, par exemple, la dot dans les principes du droit romain.

D'après cela, il est évident que la jurisprudence des tribunaux français ne s'accorde pas avec celle des lois romaines, et par conséquent qu'elle ne peut influer sur la question de savoir si, dans les coutumes de Flandre, un père est tenu de rapporter dans

Digitized by Google

la succession d'un aïeul, ce que celui-ci a donné à ses petits-Enfans.

Aussi trouvons-nous deux arrêts qui ont jugé pour la négative, l'un dans la coutume de Gand, l'autre dans celle de Bergues.

Dans l'espèce du premier qui a été rendu au grand conseil de Malines, le 10 février 1682, Josse Wandervennet avait donné une grande partie de ses biens aux Enfans nés et à naître d'Aune sa fille, mariée à François de Bruyne. Après la mort du donateur, Anne forma une demande en partage égal de succession contre Laureut Wandervennet son frère, procureur au conseil provincial de Gand. Celui-ci, de son côté, soutint qu'elle était tenue de rapporter la donation que leur père commun avait faite à ses Enfans, attendu principalement que la coutume proscrit tous les avantages en ligne directe, par la défense qu'elle contient de faire Enfant chéri. L'affaire portée au conseil de Gand, il intervint d'abord une sentence interlocutoire qui ordonna des informations sur l'usage : les parties ayant fait leurs preuves respectives, et leurs enquêtes ne présentant rien de certain ni d'uniforme, les juges prirent le parti de se conformer à l'esprit des lois romaines ; et par leur sentence du 10 février 1680, confirmée par l'arrêt cité, ils déclarèrent Wandervennet non recevable et mal fondé dans sa demande en rapport.

Le second arrêt a été rendu au parlement de Flandre le 3 décembre 1722, au rapport de M. Théri de Gricourt ; et il a confirmé une sentence des échevins de Bergues, du 3 octobre 1720, qui avait débouté le sieur Policarpe Herwin de sa demande tendante à obliger Mariane Herwin sa sœur, de rapporter une maison que la fille de celle-ci tenait de la libéralité de son aïeul.

[[Quel est sur tout cela l'état actuel de la législation française? *V. Donation*, sect. 3, §. 2 et 4; et *Rapport à succession*.]]

[[ENFANT NATUREL. *V. Bâtard*, *Déclaration de naissance* et *Filiation*.]]

ENFANT TROUVÉ ou ABANDONNÉ. C'est un Enfant qu'on trouve exposé, et dont le père et la mère ne se font pas connaître.

[[Le Code Napoléon, art. 58, renferme, sur les Enfans trouvés, une disposition importante : « toute personne qui aura trouvé un Enfant nouveau-né, sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtemens et autres effets trouvés avec l'Enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé. — Il en sera dressé un procès-verbal détaillé qui énoncera en outre l'âge apparent de l'Enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Le procès-verbal sera inscrit sur les registres ». — *V.* au surplus *Exposition de part.*]]

ENGAGEMENT. Obligation que l'on contracte envers autrui. *V. Obligation.* — [[Le mot *Engagement* s'emploie aussi pour désigner l'enrôlement volontaire d'un soldat. *V.* la loi du 19 fructidor an 6, tit. 2. — On parlera à l'article *Matelot*, de l'engagement des gens de mer.]]

ENGAGEMENT D'IMMEUBLES. C'est en général un acte par lequel on cède à quelqu'un la jouissance d'un bien pour un temps.

[[I. Il y a deux sortes d'Engagemeus.

L'un, synonyme d'*antichrèse*, en vertu duquel le créancier jouit des biens de son débiteur et en perçoit les revenus pour lui tenir lieu d'intérêts, jusqu'à ce qu'il soit remboursé; l'autre, synonyme de *vente à rémeré*, qui transfère à l'engagiste la propriété de l'immeuble qu'il a pour objet, sous la condition que cette propriété sera résolue en cas de rachat de la part du vendeur.

II. C'est à la première espèce d'Engagemens que se rapporte ce qu'on appelait dans notre ancienne législation, l'*Engagement du domaine de la couronne*. « Qu'est-ce qu'un contrat d'Engagement (dit M. d'Agueseau, tome 7, page 278), si ce n'est une convention par laquelle le roi, ou tout autre débiteur, abandonne la jouissance d'un de ses domaines pour tenir lieu des intérêts de l'argent qu'on lui prête, jusqu'à ce qu'il puisse le rendre à son créancier? C'est ce que l'on connaît dans le droit romain sous le nom d'antichrèse : *antichresis est species pignoris ita dati ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur, in vicem usuraruin*, dit M. Cujas, après les lois et les jurisconsultes.... Et comme dit encore Me René Chopin : *impropriè alienatus dicitur in illos regius canon, qui verè creditorum loco sunt, quibusque solummodò pro tempore facta est rei dominicæ antichresis, quoad debiti sorte solutâ, fiscus liberetur ; atqui pignoris causa dominium non mutat* ». *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 266.

III. L'héritage possédé à titre d'Engagement du domaine public, tient-il nature d'immeuble à l'engagiste? Cette question a été agitée au parlement de Douai, sur l'appel d'une sentence des avoués et échevins de la Gorgne, qui avaient jugé au désavantage de la veuve Duquesne, légataire universelle de la veuve David, que les moulins engagés à celle-ci par le domaine de la couronne, étaient immeubles dans sa succession, et sujets, comme tels, aux réserves coutumières.

Voici les moyens qu'on opposait à cette sentence.

» Plusieurs auteurs qui se sont copiés les uns les autres, n'ont pas balancé à conclure qu'un Engagement était un immeuble dans la main de l'engagiste, parceque, dans l'usage général, l'engagiste peut céder son droit à l'Engagement; parceque l'Engagement peut être décrété sur l'engagiste; parcequ'enfin l'Engagement peut se partager comme propre dans la succession collatérale de l'engagiste, et que, dans la succession directe, le fils aîné peut y prendre son droit d'aînesse. Mais tout cela, en général, ne présente qu'une fiction introduite par l'usage seul, pour l'égalité des partages dans les familles; il a fallu supposer que l'engagiste était véritable propriétaire du domaine, du sort duquel il dépendait dans tous ces cas. — Or, il n'est rien de

Digitized by Google

plus incohérent dans l'ordre des choses, que de dire que la concession d'un domaine a transmis une propriété, lorsque le seigneur de ce domaine s'est réservé la faculté de déposséder à sa volonté le tenancier, et que cette faculté peut en effet s'exercer à chaque moment. — Si d'ailleurs les circonstances qui ont déterminé quelques auteurs à penser que la concession du domaine a dû transmettre une propriété dans la personne du tenancier, sont exactes dans le fait, il en est d'autres qui amènent à penser le contraire. — En effet, non seulement l'engagiste ne jouit d'aucun des droits honorifiques, mais il ne peut saisir féodalement, ni exercer le retrait féodal, ni recevoir la foi et hommage. Ouvrez tous les auteurs domanistes, vous trouverez cette maxime établie; consultez les usages, vous apprendrez que, dans les évaluations de domaine, on ne comprend que les droits utiles qui en sont l'objet. Parcourez les arrêtistes, vous trouverez des arrêts qui défendent aux engagistes de faire faire des saisies féodales, autrement qu'à la requête des procureurs du roi des bureaux des finances, ou du procureur général de la chambre des comptes. — Cependant, toutes ces prérogatives et tous ces droits conviennent essentiellement à la propriété : donc, s'ils défaillent dans la main de l'engagiste, il faut écarter de sa personne et du contrat d'Engagement toute idée de propriété. — On ne se dissimule point qu'il faut donner une autre solution, un point de vue quelconque, à ces fictions établies pour autoriser et le partage comme propre du domaine, et le prélèvement du droit d'aînesse, et la faculté de céder le domaine, et la liberté de le décréter. Eh bien ! c'est uniquement la somme que le tenancier ou a originairement payée au roi, on a remboursée à son prédécesseur, que l'on a prise en considération pour introduire ces différentes facultés : ce sont les deniers de cette somme qui sont censés être partagés comme propres : c'est sur ces deniers que le fils aîné prélève son droit d'aînesse ; c'est le recouvrement de ces deniers que le tenancier cède ; c'est enfin sur la somme de ces deniers que s'établit la saisie réelle du créancier. On pressent déjà quelle conséquence invincible sortira dans un moment de ce développement, en faveur de la conclusion de la veuve Duquesne, sur la non translation de propriété applicable au fait particulier dont il s'agit. — Mais il faut ici s'arrêter à cette conclusion, en déconvrant la véritable nature du contrat d'Engagement. — Le contrat d'Engagement n'est autre chose qu'une antichrèse. — On ne peut pas contester que le domaine ne soit inaliénable : c'est une règle sacrée, nécessaire, qui tient à l'essence de la constitution monarchique. — Or, si vous donnez au contrat d'Engagement la nature et les effets d'un contrat de vente ordinaire, si vous le jugez capable de transmettre la propriété, vous renversez, vous anéantissez la règle, et la règle n'est pas même susceptible de modification ou d'exception. — Cependant l'Engagement est en vigueur ; il est même favorisé; il existe, sans pouvoir être une exception à la règle de l'inaliénabilité du domaine. Qu'est-ce donc que l'Engagement ? C'est, encore une fois, un simple contrat pignoratif : c'est, d'une part, la concession du domaine, pour gage de la restitution de la somme prêtée à l'état; d'une autre part, le délaissement et la délégation des fruits de ce domaine, pour acquitter l'intérêt de l'argent prêté. — Les seules lumières de la raison indiquant cette interprétation, donnent à penser que le nom d'Engagement attribué à ce contrat, est venu de là, et font concevoir toute la simplicité de l'opération. — L'engagiste demeure toujours créancier de la somme qu'il a avancée : on lui a mis entre les mains un héritage du domaine, dont les fruits acquittent les intérêts de son prêt. L'état on le prince, qui n'est qu'un, et l'engagiste, sont donc vis-à-vis l'un de l'autre, et à perpetuité, dans la relation d'un débiteur et d'un créancier : la faculté de rachat réservée au prince, n'est donc autre chose que la faculté du débiteur de retirer son gage, en remboursant la somme qu'il a reçue. — Ces notions, que l'on croit vraies et incontestables, se prennent à la seule lecture des édits qui autorisèrent les aliénations du domaine : ce furent les besoins de l'état, la nécessité d'emprunter de l'argent à leurs sujets, qui porterent Charles VIII ou François Ier, à se permettre ce que l'on appela une aliénation du domaine, sous la condition de la faculté d'un rachat perpétuel. Depuis les besoins ont accru; non seulement on s'est vu hors d'état d'exercer aucun rachat en remboursant les anciens prêts, mais on a été forcé de passer à d'autres emprunts de cette espèce, et de donner de nouveaux gages par cette même sorte d'aliénation. — Voilà ce qui semble de plus certain sur cette matière; voilà ce qui détermine à conclure, que les gens de loi de la Gorgue ont mal jugé en faveur des héritiers et au préjudice des légataires de la veuve David ; parcequ'en décidant que la concession des moulins bannaux de la Gorgue et de leurs dépendances, avait fait de la jouissance de ces moulins, des acquêts dans la personne de la veuve David, c'est avoir jugé que cette concession avait transmis à la veuve David la propriété de ces moulins. — Mais, quand on vérifie dans les circonstances de l'affaire, que la veuve David n'avait payé aucune somme pour obtenir la concession de ces moulins; que cette concession est faite moyennant une redevance annuelle, on a lieu d'être plus surpris de la décision des gens de loi de la Gorgue et de leurs motifs. — En effet, cette concession ne peut être considérée que comme une espèce d'emphytéose, un bail à longues années ; car une emphytéose n'est autre chose qu'un bail d'héritages à perpétuité ou à longues années, à la charge de les cultiver, de les améliorer et d'en payer un certain revenu. — Une emphytéose n'est point une vente : elle ne transfère point de propriété. Il n'y a que le cas où l'emphytéose est perpétuelle. Dumoulin établit clairement cette distinction sur la coutume de Paris, §. 78, glose 4, n. 14. — Ainsi, l'Engagement dont la veuve David a disposé en faveur de la

Digitized by Google

veuve Duquesne et de ses enfans, considéré sous ce nouveau point de vue, ne peut être réputé immeuble dans la succession ».

Les héritiers de la veuve David opposaient à ces raisons les art. 129, 148 et 149 de la coutume de Paris, le premier ainsi conçu: *Quand aucun a vendu et transporté son propre héritage ou rente foncière à personne étrange..., il est loisible au parent et lignager dudit vendeur de côté et ligne dont est venu et echu ledit héritage ou rente foncière, de demander et avoir par retrait lignager icelui héritage ou rente dedans l'an et jour que l'acheteur en a été ensaisiné..., en remboursant ledit acheteur de son sort principal et loyaux coûts*; le second: *Loges, boutiques, étaux, places publiques achetées du Roi, venant à succession, sont sujettes à retrait*; et le troisième: *Baux à 99 années ou longues années, sont sujettes à retrait.* De là on a conclu, pour les héritiers, que, dans le droit général de la France, les droits d'Engagement du domaine public, quoique sujets à la faculté d'un rachat perpétuel et qui pouvait s'exercer sans délai, les emphytéoses et les baux à longues années sont des droits immobiliers et propres de succession, par la raison, a-t-on ajouté, que tout droit à un immeuble établi de manière à pouvoir durer plus que la vie d'un homme, est assimilé à l'immeuble même, et est conséquemment de nature immobilière.

« Mais (répondait la veuve Duquesne), sans chercher si les articles cités produisent essentiellement cette conséquence; sans même examiner si véritablement, dans l'art. 148, il s'agit d'Engagement, ou uniquement de concession du domaine à perpétuité, ce que la spécification des objets énoncés dans cet article donnerait bien lieu d'entendre, on opposera et à la majeure et à la conséquence qui composent l'objection, les observations de M. Le Camus, lieutenant civil du châtelet de Paris, l'un des plus célèbres magistrats de son siècle, consulte de toutes les parties de la France, et dont le suffrage et les autorités ont encore le plus grand crédit dans les tribunaux français. Il dit sur ces trois articles: — « A l'egard des loges, boutiques, étaux, places publiques, baux emphyteotiques ou à longues années, et tous les domaines du roi aliénés, fors et excepté ce qui est aliené à perpetuité à titre de cens ou rente annuelle non rachetable, portant lods et vente au domaine, église ou communauté, j'ai beaucoup de peine à dire que mon sentiment est contraire à celui de la coutume. — Ceux qui l'ont rédigée (ajoute M. Le Camus) ne sont pas entrés dans son véritable esprit, et ils l'ont étendue au-delà de ce qu'ils l'evaient faire, étant constant, suivant nos maximes, que ce qui a donné lieu à l'action du retrait, c'est parcequ'on a voulu que les biens de famille n'en sortissent point, qu'elles conservassent par ce moyen leur éclat et leur grandeur. — En effet (dit-il encore), peut-on appliquer ces considérations aux choses qui ne sont point des biens de famille, qui n'y sont que par manière de précaire et pour un certain temps, sur lesquels biens le roi ou les communautés ont une action de retrait ou de réunion perpétuelle? — Comment penser que la coutume ait voulu que ces biens demeurent dans les familles, puisqu'ils n'en sont point? Pourquoi plutôt les loges que les greffes? Pourquoi plutôt les domaines que les droits domaniaux ou que les offices? Et pourquoi plutôt les baux emphyteotiques ou à longues années que l'usufruit, puisque les baux emphytéotiques ou à longues années ne sont proprement qu'un usufruit, qui ne tombe pourtant point dans le retrait, suivant l'art. 147 de notre coutume, quoiqu'ils soient réputés immeubles, à l'effet d'être saisis réellement, aussi bien que les baux emphytéotiques ou à longues années? — Quoique l'action du retrait soit favorable, il faut néanmoins la réduire dans le véritable esprit de la coutume, et en exclure tous les biens qui ne sont pas les biens de la famille, et restreindre le retrait aux maisons, héritages et rentes foncières non rachetables..... — Nous avons changé (continue M. Le Camus) cet art. 148 en ces termes: *Les loges, boutiques, étaux, places publiques, domaines, maisons et héritages vendus et aliénés par le roi, à faculté de rachat perpétuel, ne sont point sujets au retrait; mais si la vente se fait à perpétuité à titre de cens, portant lods et ventes au profit du roi, le retrait a lieu.* — On a fait, dans cet article, distinction des biens qui sont aliénés par le roi, à faculté de rachat perpetuel, et de ceux qui sont vendus à titre de cens, portant lods et ventes au profit du roi, amende et confiscation, parcequ'à l'égard des premiers, on ne peut pas feindre qu'ils puissent jamais être propres, vu qu'on sait qu'ils sont toujours rachetables, et que cette faculté est imprescriptible, et par conséquent ils ne doivent point être sujets au retrait, et que ceux qui sont donnés à titre de cens ne sont pas rachetables; ainsi ils peuvent y être sujets ». — C'est ainsi qu'avec les seules lumières de la raison, on parvient à découvrir des paradoxes; c'est ainsi que, dans l'interprétation et l'application d'une loi ou d'un article de coutume, il faut toujours considérer la nature des choses: car enfin une loi et un article de coutume ne sont pas infaillibles, puisqu'ils sont l'ouvrage des hommes ».

Les héritiers de la veuve David proposaient un dernier argument sur une objection qu'ils s'étaient faite à eux-mêmes.

« La raison de douter, disaient-ils, est que le fonds n'étant pas de nature à rester à perpétuité dans la main du possesseur, une jouissance de durée incertaine ne peut être rendue de la nature d'un fonds; et que, dans l'espèce, le droit de l'engagiste n'aboutira, quand le roi fera cesser l'Engagement, qu'à répeter les deniers d'entrée et les remboursemens faits au précédent engagiste; ce qui doit faire juger tel Engagement mobilier. — La repouse, continuaient les héritiers, est qu'au décès de la testatrice, l'Engagement durait et dure encore: or, la durée de ce droit n'étant pas fixée à un temps limité

Digitized by Google

ni à la vie d'une seule personne, la longueur du temps pour lequel il est constitué, quoiqu'incertain, le met évidemment hors de la classe des baux ordinaires, qui sont des droits mobiliers, et le constituent d'une nature comparée à celle d'un fonds, et conséquemment de nature immobilière. Quant aux deniers mobiliers qu'il y aurait lieu d'exiger, au cas que le roi fit cesser l'Engagement..... ils n'appartiendraient pas aux héritiers mobiliers de sa testatrice ni aux légataires de ses biens meubles : le droit de les avoir demeure à ceux de ses ayant cause qui, ayant droit en tout ou en partie à ses fonds, ont droit à cet Engagement pour la part qu'ils y ont ».

« Cette manière de décider (répondait la légataire universelle) ne satisfait pas sur le point de savoir si l'Engagement est en effet transmissif de propriété ; c'est juger la question par la question : le partage des deniers remboursés dépendrait toujours du sort de la première question : il est inutile d'en déterminer le partage, puisqu'il n'y a point eu de deniers d'entrée lors de l'Engagement de la veuve David. Au reste, sur tout cela, on s'en réfère aux réflexions qui ont amené à décider qu'un contrat d'Engagement ou un bail emphytéotique à terme n'équipollent point à un contrat de vente, et ne sont nullement de leur nature transmissifs de propriété ».

Sur ces moyens respectifs, arrêt du 2 avril 1778, au rapport de M. Le Boucq, qui confirme la sentence, et juge par conséquent que le domaine engagé tient nature d'immeuble dans la main de l'engagiste.

IV. Nous avons dit que l'Engagement est quelquefois considéré comme une vente à faculté de rachat. Mais dans quel cas a-t-il ce caractère ? Dans celui-là seulement où il paraît par les termes du contrat, que l'intention des parties a été d'aliéner, d'une part, et d'acquérir de l'autre, sous la réserve du réméré.

Mais aussi dans ce cas, il y a véritablement vente à faculté de rachat, quoique les parties aient employé, soit le terme d'*antichrèse*, soit tout autre semblable.

Le 17 septembre 1790, le sieur Roy et son épouse déclarent devant notaire, « *vendre par Engagement* au sieur Petit, acceptant, une maison sise à la Charité-sur-Loire, moyennant le prix de 6,195 liv., laquelle somme les vendeurs reconnaissent avoir précédemment reçue du sieur Petit » ; et ils se réservent « le pouvoir de rentrer dans leur maison et de la retirer *dans six ans*, en rendant au sieur Petit la somme principale de 6,195 livres, avec les frais et loyaux coûts ». — Les six ans expirés, le sieur Roy et son épouse prétendent rentrer dans leur propriété ; et ils se fondent, entre autres moyens, sur ce qu'il n'y a pas eu entr'eux et le sieur Petit un véritable contrat de vente, mais un simple Engagement, une simple antichrèse. — Le sieur Petit repond que *vendre par Engagement*, c'est la même chose que vendre à réméré ; et que l'expiration du délai dans lequel le contrat du 17 septembre 1790 a circonscrit l'exercice de la faculté de rachat réservée par les vendeurs, élève contr'eux une fin de non-recevoir insurmontable. — Le 24 pluviose an 8, jugement en dernier ressort du tribunal civil du département du Cher, qui déclare les sieur et dame Roy non-recevables dans leur demande, et maintient le sieur Petit dans la propriété incommutable de la maison qu'il a acquise d'eux. — Les sieur et dame Roy se pourvoient en cassation ; mais par arrêt du 22 nivose an 9, au rapport de M. Brillat-Savarin et sur mes conclusions, leur requête est rejetée, « attendu que l'acte du 17 septembre 1790 contient la stipulation précise de vente pure et simple après le délai de rachat, et que cette clause est licite ; et que cette même clause investissant l'acquereur dans le cas donné, est exclusive de toute formalité ultérieure d'expropriation ».

Le 2 messidor an 11, contrat notarié par lequel Laurent Manchaval « fait *vente*, *à titre d'antichrèse à toujours rachetable*, à Durand Vincent, d'un pré.... , moyennant la somme de 400 francs, à compte de laquelle ledit Manchaval a reçu présentement celle de 100 francs. Ledit Vincent promet de payer le surplus, savoir, 100 francs le 1er frimaire an 12, jour de l'entrée en possession, et les autres 200 francs le 1er germinal suivant, sans intérêts qu'à défaut de paiement au terme ; avec promesse par ledit Manchaval de faire valoir le présent, jusqu'au parfait remboursement qu'il ne pourra faire que trois ans après avertissement légal ». — Le 7 du même mois, cet acte est enregistré moyennant 2 pour 100, c'est-à-dire comme simple antichrèse. — Mais par contrainte du 26 prairial an 13, la régie demande un supplément de 2 pour 100, attendu, dit-elle, que le contrat n'est pas une antichrèse, mais une vente. — Opposition à cette contrainte de la part de Vincent ; et le 26 frimaire an 14, jugement du tribunal civil d'Espalion, qui annulle la contrainte, « attendu que ledit acte n'est qu'une véritable antichrèse ; qu'un acte d'antichrèse n'est point translatif de propriété ; qu'il ne donne au preneur, sur les fruits, d'autres droits que d'en prendre jusques et à concurrence de l'intérêt légal de la somme formant le prix de l'antichrèse ; que l'excédant est sujet à imputation ; que l'acte d'antichrèse n'est de sa nature qu'un simple Engagement ; qu'un Engagement n'est passible que du droit fixé au n°. 5 du §. 5 de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, qui a été payé ». — Mais la régie s'étant pourvue contre ce jugement, arrêt du 4 mars 1807, qui, — « Vu le §. 5 de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7 ; attendu que l'acte du 2 messidor an 11, quoiqu'énonçant une vente *à titre d'antichrèse*, ne contient néanmoins aucun des caractères qui constituent cette dernière espèce de contrat, et qu'il présente au contraire tous les caractères d'une vente d'immeubles proprement dite, faite seulement avec faculté de réméré ; — Attendu que le droit d'enregistrement à percevoir sur

Digitized by Google

les actes de ce dernier genre, est celui de 4 francs par 100 francs fixé par le n°. 1, §. 7, de l'art. 69 de la loi citée; et que c'est par une fausse application du n°. 5, §. 5, du même article, que le jugement attaqué a reduit la perception des droits d'enregistrement sur l'acte dont il s'agit, à la quotité de 2 francs pour 100 francs; — Par ces motifs, casse et annulle.... ».

V. Antichrèse, Domaine public, Faculté de rachat, Pignoratif et *Vente.*]]

ENGRAIS. *V. Fumier.*

ENLÈVEMENT. *V. Rapt.*

ENONCIATION. *V. Preuve.*

* ENQUÊTE. C'est un acte rédigé par ordre et en présence d'un juge ou commissaire, contenant des dépositions de témoins sur des faits dont quelqu'un veut avoir la preuve, soit par cette voie seule, soit pour faire concourir cette preuve testimoniale avec quelque preuve par écrit.

Autrefois sous le terme d'*Enquête*, on comprenait egalement les Enquêtes proprement dites, c'est-à-dire, celles qui se font en matière civile, et les informations qui sont des espèces d'Enquêtes en matière criminelle; mais presentement on ne donne le nom d'Enquêtes à ces sortes d'actes, qu'en matière civile.

[[Nous nous proposons de parler ici, — 1°. Des Enquêtes suivant l'ordonnance de 1667; — 2°. Des Enquêtes suivant la forme de procéder aux ci-devant parlemens de Navarre, de Flandre et de Lorraine; — 3°. De la manière dont il a dû être procédé aux Enquêtes dans l'intervalle de la publication de la loi du 3 brumaire an 2 à celle du Code de procédure civile; — 4°. De la manière dont il doit y être procédé depuis la publication de ce Code.

§. I. *Des Enquêtes suivant l'ordonnance de* 1667.]]

Anciennement lorsque les parties litigantes ne s'accordaient pas sur les faits, on était dans l'usage de les appointer en faits contraires. En conséquence de cet appointement, celui qui avait avancé les faits fournissait, à l'appui de ces faits, des écritures qu'on appelait *intendits*; l'autre à son tour y fournissait des *réponses*; ensuite il intervenait un jugement qui admettait ou rejetait la preuve des faits, et dans le premier cas, il particularisait ceux qu'il fallait prouver.

Cette instruction par écrit ou préparatoire à l'Enquête a été abrogée par l'art. 1 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, lequel veut au contraire que quand il y a lieu d'admettre la preuve testimoniale, il n'y ait qu'un même jugement pour ordonner l'Enquête, et pour specifier les faits qui doivent en être l'objet.

Chacune des parties litigantes peut respectivement faire sa preuve en matière civile, à la difference de ce qui se pratique en matière criminelle, où l'accusé contre lequel on a informé, ne peut point faire de preuve contraire, à moins qu'il n'y ait été spécialement autorisé.

C'est en conformité de cette jurisprudence, que par arrêt du 26 juillet 1757, le conseil privé du roi a cassé deux arrêts du conseil souverain d'Alsace, par la raison que cette cour avait autorisé des parties litigantes à faire une Enquête, sans avoir admis leur partie adverse à faire preuve contraire.

Par un autre arrêt du 30 août 1759, rendu entre le prieur et les habitans de Villemoutier, le parlement de Paris a déclaré nulle une sentence, sur le seul fondement qu'en admettant une partie litigante à faire une Enquête, elle n'avait point autorisé la partie adverse à faire preuve contraire.

[Il ne faut cependant pas croire que cet appointement en faits contraires, soit essentiel dans les sentences de civilisation. L'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1670 se contente de dire que le juge, en recevant les parties en procès ordinaire, ordonnera que les informations soient converties en Enquêtes, et permettra à l'accusé d'en faire de sa part *dans les formes prescrites pour les Enquêtes.* Il suit bien clairement de là que le juge n'est pas obligé d'appointer en faits contraires, lorsqu'il civilise : souvent même il ne le peut pas. Il faut que les faits soient articulés, pour qu'on puisse prononcer l'appointement; « et par conséquent, dit Houard (*Dictionnaire de droit normand*, au mot *Enquête*), c'est dans le premier delai de faire Enquête, que l'exposé des faits contraires et leur appointement, doivent avoir lieu, quoique la sommation d'audience échoie après ce délai ». Deux arrêts du parlement de Rouen des 26 octobre 1750 et 26 fevrier 1763 l'ont ainsi jugé.]

Au châtelet de Paris, et dans les autres justices royales où il y a des commissaires enquêteurs-examinateurs, ce sont eux qui font les Enquêtes; ailleurs elles se font par les juges mêmes.

[Boniface, tome 3, liv. 1, chap. 14, rapporte un arrêt du parlement de Provence du 19 octobre 1679, qui a jugé que le rapporteur d'un arrêt ayant été nommé pour procéder à une Enquête, un juge royal ne peut lui être subrogé par la cour elle-même, sans que la partie ait été entendue; et que l'Enquête à laquelle il a procédé, en vertu de l'arrêt sur requête qui forme sa commission, est absolument nulle.]

L'ordonnance de Blois avait laissé aux juges la liberté de déterminer les delais pour proceder aux Enquêtes; mais Louis XIV a jugé à propos de les fixer de manière qu'il n'y eût plus aucune incertitude ni variété à cet égard. En conséquence, il a réglé que si l'Enquête devait se faire dans le lieu même où le jugement aurait été rendu, ou dans la distance de dix lieues, on serait obligé de la commencer dans la huitaine de la signification du jugement faite à la partie ou à son procureur, et de la parachever dans la huitaine suivante.

[Sur ces termes, qui sont ceux de l'ordonnance

Digitized by Google

même, *du jour de la signification du jugement faite à la partie ou à son procureur*, il s'est élevé une difficulté qui peut renaître fort souvent.

Un arrêt du 3 août 1748 avait ordonné, que la dame d'Eybés ferait preuve, devant le lieutenant général de Saint-Flour, de certains faits qui étaient déniés par ses vassaux. Le 18 décembre suivant, elle fit signifier cet arrêt à procureur; mais elle ne le fit signifier au domicile des habitans que le 26 avril 1749. Ce même jour, elle présenta sa requête au juge de Saint-Flour pour l'acceptation de la commission. L'Enquête fut, en conséquence, commencée le 3 mai, et finie quelques jours après. — On demanda la nullité de cette Enquête, parce qu'elle n'avait pas été commencée dans les trois mois de l'arrêt signifié à procureur; « ces trois » mois expiraient (disait-on), au 18 mars 1749, et l'Enquête n'avait été commencée que le 3 mai suivant ». — La dame d'Eybés, dit Denizart, répondait que l'ordonnance indiquant la signification faite au procureur ou à la partie, comme le principe du délai, donne à celui qui poursuit la faculté de se régler sur celle qui lui convient le mieux; qu'il faut distinguer entre l'Enquête faite sur le lieu par le juge même qui l'ordonne, et celle que fait un juge commis. — « Dans le premier cas, disait la dame d'Eybés, il n'est pas nécessaire que le jugement soit signifié à la partie; la signification au procureur est la seule qu'on exige. L'ordonnance veut même que, par la confection de l'Enquête, la partie soit assignée au domicile de son procureur. — Mais dans le second cas, la signification au domicile de la partie est indispensable; il faut l'assigner en vertu du jugement; et après l'acceptation de la commission, pour constituer procureur, voir jurer les témoins, etc. C'est donc nécessairement de cette seule signification que le délai peut être compté ». — Par arrêt rendu à la troisième chambre des Enquêtes, au rapport de M. Langlois de Resy, le 9 août 1751, la cour n'eut aucun égard au moyen de nullité; et en conséquence de la preuve résultante de l'Enquête, donna gain de cause à la dame d'Eybés.

Mais est-il vrai, comme le prétend Denizart, qu'il ait été jugé par cet arrêt que le délai de faire Enquête hors du lieu de la juridiction et par le ministère d'un juge commis, ne doit courir que du jour de la signification du jugement au domicile de la partie? L'ordonnance ne distingue pas: elle veut que, dans tous les cas, la signification au procureur équipolle entièrement sur ce point à la signification faite à la partie même: pourquoi, dès-lors, distinguerions-nous? Pour être autorisés à le faire, il faudrait, du moins, que la signification au domicile de la partie fût indispensable, dans le cas où l'Enquête se fait hors du lieu de la juridiction: mais nous ne voyons rien qui en établisse la nécessité dans ce cas plutôt que dans l'autre.

Qu'a donc jugé l'arrêt du 9 août 1751? Nous ne pouvons pas l'assurer: mais il a pu juger la même chose que trois arrêts du parlement de Rouen des 4 septembre 1719, 15 juin 1723 et 16 mars 1752, qui seront rapportés ci-après. L'espèce en est absolument la même que celles de ces trois arrêts. Il est donc permis de croire qu'il a été dicté par le même motif.

Nous disions, tout à l'heure, que les jugemens de civilisation peuvent ne pas contenir d'appointement en faits contraires. Supposons maintenant que, malgré la liberté que le juge a de remettre cet appointement à un temps plus éloigné, il le prononce par la sentence même qui civilise le procès. Dans ce cas, le délai de faire Enquête court-il contre le défendeur du jour que le plaignant lui a signifié cette sentence et sa plainte?

L'affirmative paraît incontestable: le défendeur étant admis à la preuve de tous les faits qui peuvent détruire la plainte et cette plainte lui étant communiquée, il se trouve dans le cas précis de l'art. 2 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667.

C'est, d'ailleurs, ce qu'a jugé en 1775 un arrêt du parlement de Rouen dont voici l'espèce. — Le sieur Burel avait rendu plainte au juge de Dernétal, contre les nommés Matelot; et de là s'étaient ensuivis une information, des décrets et des interrogatoires. — En 1772, une sentence civilisa le procès, et permit aux nommés Matelot *de faire preuve du contraire, s'ils avisaient convenable.* — Le sieur Burel fit signifier cette sentence avec sa plainte, les noms et surnoms de ses témoins, et somma les Matelot *de faire, dans le délai de droit, leur preuve contraire, à peine d'être forclos.* — Les Matelot présentèrent leur requête; ils y exposèrent qu'ayant faits qu'ils prétendaient contraires; ils demandèrent un procès-verbal de descente des lieux, et donnèrent un avenir pour la prochaine audience. — Par sentence du 28 janvier 1773, il fut dit, qu'avant faire droit, « tous moyens tenans et défenses au contraire, le lieu serait accédé, pour, après le procès-verbal, être statué sur l'appointement en preuve demandée, ce qu'il appartiendrait, défenses aussi au contraire ». — Les Matelot signifièrent cette sentence; on dressa procès-verbal d'accession du lieu: le sieur Burel somma les Matelot de signifier ce procès-verbal, sans approbation de la sentence du 28 janvier, et sous toutes ses protestations à cet égard. — Les Matelot firent signifier le procès-verbal purement et simplement, et ne firent point de sommation par rapport à l'appointement de preuve réservé: plusieurs audiences se passèrent sans qu'il fût question de cet appointement. — Le sieur Burel appela enfin les Matelot à l'audience pour les faire déclarer non-recevables et rejeter leurs faits de preuve. — Après différentes procédures sur ce point, l'affaire a été portée au parlement de Rouen; et par arrêt du 28 janvier 1775, les Matelot ont été déclarés *forclos de faire entendre témoins.* — « Le motif de l'arrêt, dit Houard (*loc. cit.*), a été que les dispositions de l'ordonnance, à l'égard des Enquêtes, doivent être suivies à la rigueur; qu'elles ne lient pas moins le juge que les parties; que l'ordonnance exige que

Digitized by Google

toute Enquête soit commencée dans la huitaine du jour de la signification de la sentence qui appointe en preuve; que dès qu'un procès est civilisé, et que la sentence de civilisation qui ordonne la preuve, est signifiée, le délai de faire Enquête court du jour de cette signification; que le juge ne peut conséquemment différer à faire droit sur l'appointement de preuve à l'audience qui suit la signification ».]

S'il y a une plus grande distance que de dix lieues, le delai doit être proportionné à cette augmentation de distance à raison d'un jour par dix lieues. Et comme il peut arriver des cas qui rendent necessaire la prorogation du délai ordinaire pour la confection d'une Enquête, le législateur a permis aux juges d'accorder cette prorogation jusqu'à concurrence de huitaine seulement sans pouvoir l'excéder.

[Remarquez cependant que le juge ne peut pas permettre de commencer une Enquête hors du délai. Il ne peut accorder de prolongation que pour la finir, et par conséquent il ne peut y avoir lieu à cette prolongation, que lorsque l'Enquête a été commencée dans le temps limité par l'ordonnance. C'est du moins ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Rouen du 9 mars 1742, cité par Houard, au mot *Enquête*.]

Si l'Enquête n'a pas été commencée dans la première huitaine, la partie négligente demeure déchue du droit d'y procéder.

[Cette déchéance s'acquiert de plein droit. Ainsi une Enquête qui n'aurait pas été commencée dans le délai dont on vient de parler, serait nulle. Le parlement de Rouen l'a ainsi jugé par arrêt du 4 décembre 1728, rapporté par l'auteur qui vient d'être cité. L'arrêt de la même cour du 9 mars 1742, dont nous parlions tout à l'heure, a décidé la même chose.

Cette nullité peut même être proposée en tout état de cause. Le 10 août 1752, le parlement de Rouen a annullé une Enquête pour n'avoir pas été commencée dans le delai de l'ordonnance, quoique le défendeur n'eût pas excipé de la nullité devant les premiers juges, et ne l'eût proposée sur l'appel que la veille du jugement, et après avoir fourni plusieurs écritures où elle n'était point objectée. (Houard, *loc. cit.*)

Quelques praticiens regardent comme commencement d'Enquête, l'ordonnance ou mandement que le juge ou commissaire qui doit y procéder, a délivré dans la première huitaine. Mais cette opinion a été condamnée par un arrêt du parlement de Rouen du 17 décembre 1734, que rapporte encore l'auteur du Dictionnaire de droit normand, à l'endroit qui vient d'être indiqué. En effet, dit-il, le mandement n'est nécessaire que pour obtenir la commodité du commissaire, et forcer les témoins de comparaître.

On peut cependant objecter l'art. 5 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, suivant lequel, les témoins doivent être assignés pour déposer, *par ordonnance du juge, sans commission du greffe*. Mais, répond Houard, cet article n'a eu pour but que de remédier à l'abus pratiqué en certaines juridictions, de prendre des commissions du greffe; et les rédacteurs de l'ordonnance ont tellement regardé le mandement comme inutile, que l'article premier du même titre veut que le jugement par lequel l'Enquête est ordonnée, contienne les faits dont les parties informeront respectivement, sans *aucuns intendits, réponses, jugemens ni commissions*. — « Ainsi (conclud l'auteur cité), la clause par laquelle les arrêts ou sentences accordent mandement pour faire venir les témoins, pourrait être omise sans inconvénient; elle n'est que de style ».

Prenons garde pourtant de nous fier trop à cette conséquence. M. l'Epine de Grainville, en rapportant deux arrêts du parlement de Paris qui l'approuvent, nous avertit qu'elle n'est pas, à beaucoup près, exempte de contradiction. — Voici comment s'explique ce magistrat, en rendant compte d'un arrêt du 30 août 1725, entre Guillaume Couriace, défendeur, et Marie-Anne Girard, sa femme, demanderesse en séparation :

« Il se trouva dans le procès une question, qui avait pour objet la validité de la procédure, qui fit grande difficulté. — Les témoins avaient été assignés, sans prendre l'ordonnance du juge. — L'art. 5 du tit. *des Enquêtes* de l'ordonnance de 1667, porte que les témoins seront assignés en conséquence d'une ordonnance du juge; mais comme l'article premier de ce même titre porte que le jugement pour faire Enquête, s'exécutera sans autre jugement ni commission, on disait que la disposition de l'art. 5 n'avait point d'application, lorsqu'il y avait une sentence qui ordonne la preuve par témoins; et que l'ordonnance du juge n'était de nécessité, que dans le cas où il n'y avait point eu de jugement antérieur: dans le fait, les parties avaient été admises à la preuve par une sentence. — Il est cependant certain que l'ordonnance du juge portée par l'art. 5, est nécessaire pour assigner les témoins; il est vrai que l'article premier, qui porte que le jugement qui admet à la preuve s'exécutera sans nouveau jugement ni commission, paraît contredire l'art. 5, mais il ne le contredit point; celui-ci a eu pour objet de déclarer nulles les commissions qu'on prenait au greffe, avant l'ordonnance de 1667; dès qu'il a un objet différent de celui de l'art. 1, il faut l'exécuter. — Dans le procès de Guillaume Couriace et de sa femme, on n'a cependant point eu d'égard à cette nullité, à cause de différentes circonstances. — L'instruction se faisait dans une justice seigneuriale, où il n'y avait qu'un juge; quelques uns pensèrent qu'il était inutile de prendre l'ordonnance du même juge, qui avait permis de faire Enquête. — On rapporta un arrêt rendu en 1723, au rapport de M. du Port, dans la même espèce d'une demande en séparation d'habitation, qui avait jugé en faveur de la femme, nonobstant cette nullité. — Le mérite des preuves fit d'ailleurs grande impression, et l'avis pour la validité de l'Enquête ne passa que de trois voix ».

Postérieurement à ces deux arrêts, le parlement

Digitized by Google

de Paris en a rendu d'autres qui, s'il en faut croire Denizart au mot *Enquête*, ont jugé tout différemment. — « Il y en a un (dit cet auteur) du 9 février 1728, qui a été rendu au rapport de M. de La Guillaumie, et qui a proscrit une Enquête faite à la requête d'un nommé Haugion, sans ordonnance du juge. — Il y en a un second du 6 septembre 1734, rendu au rapport de M. Robert ».

Pour que l'Enquête soit censée commencée dans la première huitaine, faut-il qu'il y ait eu des témoins ouïs, ou suffit-il qu'ils aient été assignés dans ce terme? Houard, à l'endroit cité, rapporte un arrêt du parlement de Normandie, du 6 avril 1753, qui a jugé que, non seulement il ne suffit pas qu'ils aient été assignés, mais que quand même ils auraient prêté serment dans le délai prescrit par l'ordonnance, leur déposition serait nulle, s'ils avaient été entendus hors de ce délai.

Il ne faut cependant pas donner à ce principe un effet illinité. Un particulier, admis à faire preuve dans un bailliage royal de Normandie, n'ayant pu faire entendre tous ses témoins dans la première huitaine accordée par l'ordonnance, le juge avait renvoyé les témoins qui n'étaient point entendus, aux prochains *plaids*, qui ne devaient se tenir que dix jours après la première huitaine; par-là, les deux jours excédans devaient nécessairement être pris sur la troisième huitaine que le juge peut accorder, et après laquelle on est forclos. Le requérant fit assigner ses témoins; plusieurs comparurent et furent entendus, mais quelques uns firent défaut. Le requérant demanda contrainte pour les appeler; mais, sans avoir égard à sa demande, on le déclara forclos. Il appela de cette sentence. La cause portée au parlement de Rouen, il disait qu'à partir de la décision adoptée par le premier juge, il dépendait de la négligence des témoins, sollicités ou gagnés, de faire forclore un requérant; que l'ordonnance permettant de contraindre les témoins par amende et même par corps, il fallait donner le temps d'exécuter ces contraintes. « Ce fut aussi, dit Houard, la réflexion de M. l'avocat général Le Chapelain; il conclut à ce qu'il fut permis à l'appelant de faire entendre les témoins après les voies de droit et d'ordonnance épuisées: ce qui fut jugé par arrêt du 16 juin 1723. La veille, un arrêt à peu près semblable avait été rendu à la tournelle ».]

Observez aussi que la signification qu'une partie fait du jugement qui admet à la preuve, ne fait pas courir contre elle le délai de faire Enquête, et qu'il ne court alors que contre la partie adverse: c'est pourquoi si celle-ci veut faire courir le délai contre la partie qui lui a fait signifier le jugement, il faut qu'à son tour elle le lui fasse signifier. Cette jurisprudence est fondée sur ce qu'on ne peut pas se servir des diligences d'une partie, pour établir contre elle une fin de non recevoir. [[*V. Délai*, sect. 1, §. 2.]] Le parlement de Normandie a même jugé par arrêt du 16 mars 1752, que celui qui a commencé son Enquête, n'a point à craindre de délai fatal tant que le jugement qui admet à la preuve n'a point été signifié.

[Il a été rendu par la même cour plusieurs autres arrêts fondés sur le même principe.

Un particulier avait rendu plainte de certains faits; et il était intervenu une sentence qui avait civilisé le procès et permis aux parties de faire Enquête. Le défendeur avait levé cette sentence et l'avait fait signifier au demandeur, qui en conséquence avait procédé à son Enquête, et lui en avait fait signifier le procès-verbal seulement. Question de savoir si faute d'avoir fait son Enquête dans la quinzaine de la signification qu'il avait faite lui-même de la sentence au demandeur, le défendeur était forclos. La cause portée à l'audience, le défendeur disait que le délai n'est fatal que pour la partie à laquelle la sentence est signifiée; qu'il ne l'est pas pour celle qui a fait cette diligence; que nul ne peut se forclore soi-même, et il a été ainsi jugé par arrêt du 4 novembre 1719.

Un homme poursuivi pour soustraction était défendeur en preuve directe, et appointé en preuve contraire. — Il avait commencé sa contre-Enquête dans les délais: mais comme il y avait des témoins domiciliés dans des lieux fort éloignés, il avait obtenu du juge une commission rogatoire, avec délai d'un mois pour les faire entendre. — Au lieu d'agir durant ce temps, il avait fait entendre des témoins sur le lieu; et quatre jours seulement avant l'expiration du mois, il avait demandé au juge un nouveau délai; son adversaire s'y était opposé; et par sentence, il avait été déclaré forclos de faire procéder à l'audition des témoins éloignés. Il se pourvut par appel, fondé sur ce que la sentence qui lui avait accordé un délai d'un mois, ne lui avait pas été signifiée. A la vérité, il en avait lui-même fait faire la signification, mais cela ne pouvait pas suppléer au défaut de diligences de sa partie adverse. — Par arrêt du 15 juin 1723, la sentence fut infirmée, et l'appelant admis à faire entendre ses témoins dans le mois.

Houard, à qui nous sommes redevables de ces deux décisions, dit que la même chose a été jugée, et même d'une manière beaucoup plus frappante, par un arrêt du 3 mars 1763. Mais l'espèce qu'il en rapporte lui-même, prouve que cet arrêt a prononcé sur une question toute différente. La voici.

Dans un procès qui s'instruisait dans une haute-justice, il était intervenu un appointement à preuve sur un fait possessoire. — Le procureur du défendeur en preuve, au lieu de faire signifier la sentence au procureur du demandeur, la lui délivra amiablement; celui-ci lui en donna sa reconnaissance, et il en usa de même à son égard. — Après cela, le demandeur fit son Enquête, mais il ne la commença qu'après le délai de l'ordonnance, en comptant ce délai du jour de la reconnaissance donnée par son procureur au pied de la copie de la sentence qui lui avait été délivrée. — Devant le premier juge, le défendeur ne se plaignait ni de la forme dans laquelle la sentence avait été notifiée, ni du

Digitized by Google

délai dans lequel les témoins avaient été entendus; et il perdit sa cause.—Appel de sa part au bailliage qui confirme la sentence. — Second appel au parlement de Normandie, où il demande la nullité de l'Enquête. — Houard nous apprend que cette nullité fut prononcée par l'arrêt du 3 mars 1763; et il prend même de la occasion de remarquer que « les nullités d'Enquête prononcées par l'ordonnance, peuvent se proposer en tout état de cause ».

Mais quel fut le motif de l'arrêt? — « C'est (dit cet auteur) que la reconnaissance passée par un procureur d'avoir reçu copie d'une sentence d'appointement en preuve, n'était point capable d'opérer la forclusion; l'ordonnance ne la prononce que lorsque la sentence est signifiée à la partie ou à son procureur: car il suit de là que le procureur représentant la partie, et la partie ne pouvant se forclore elle-même, la forclusion ne peut être suivant l'ordonnance, que l'effet d'une signification faite par le ministère d'un huissier ».

Il est visible que Houard donne ici pour motif de l'arrêt, une objection qui n'a pu être proposée que par celui contre lequel l'arrêt a été rendu, et que par conséquent cet arrêt a condamnée. — En effet, si la reconnaissance du procureur du demandeur n'avait pas été capable d'opérer la forclusion, pourquoi donc le demandeur aurait-il été forclos et sur quel fondement son Enquête aurait-elle été déclarée nulle?

Au vrai, l'arrêt a bien jugé. A la bonne heure qu'une partie ne puisse pas se forclore elle-même en faisant signifier à son adversaire la sentence qui l'admet à faire Enquête: mais si au moment où elle voit son adversaire disposé à lui faire signifier cette sentence, elle le prie d'épargner les frais d'une signification, et lui donne sa reconnaissance par laquelle elle déclare tenir la sentence pour signifiée, ce n'est plus elle qui se forclot, c'est de son adversaire que viennent les diligences nécessaires pour parvenir à la forclusion, et elle ne fait, par sa reconnaissance, que le dispenser de mettre dans ces diligences une forme judiciaire. Prétendre après cela que la notification amiable n'a pas l'effet d'une signification faite par un huissier, n'est-ce pas afficher le dol, et revenir contre son propre fait?]

Les témoins doivent être assignés à personne ou domicile pour déposer, et les parties au domicile de leur procureur, pour voir prêter serment aux témoins. C'est la disposition de l'art. 7 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667.

Par sentence du 1er décembre 1745, le châtelet de Paris déclara nulle une Enquête, sur le fondement que l'assignation donnée aux témoins pour déposer, et à la partie pour les voir jurer, ne contenait point le constitution de procureur; mais, par arrêt du parlement de Paris, du 12 mai 1747, cette sentence fut infirmée, et l'Enquête déclarée valable. — La même cour a rendu le 5 août 1763, un arrêt conforme au précédent, sur l'appel d'une sentence du lieutenant criminel, qui, pour pareil défaut de constitution de procureur, avait aussi déclaré une Enquête nulle.

[Au reste, on a voulu inférer de l'art. 7 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, que l'assignation donnée au domicile d'un défendeur en preuve, pour voir jurer les témoins, n'était pas valable; mais ce système a été proscrit par un arrêt du parlement de Rouen, du 3 mars 1761, cité dans le *Dictionnaire de droit normand*, au mot *Election*. En effet, il est visible que le but du législateur, en ordonnant d'assigner les parties au domicile de leurs procureurs, n'a été que de donner aux plaideurs des facilités par exception à la règle générale. Il est donc libre aux plaideurs de ne pas user de ces facilités et de s'en tenir à la règle. — Il faut pourtant convenir que le contraire a été jugé à la cour des aides de Paris, sur appointement avisé au parquet, le 23 mars 1729. — Mais cette décision, opposée à tous les principes, n'a pas fait jurisprudence, même à Paris; et, par un arrêt rendu depuis, à la première chambre des Enquêtes du parlement, le 2 septembre 1743, au rapport de M. Le Boindre, il a été jugé qu'une Enquête n'était pas nulle, quoique l'assignation pour être présent au serment des témoins, n'eût pas été donnée au domicile du procureur de la partie, mais à celui de la partie elle-même.—Denizart, qui rapporte cet arrêt, fait aussi mention d'un acte de notoriété du bailliage de Montdidier, du 3 juin 1701, portant que l'usage de ce siège était d'assigner les parties à leur domicile pour être présentes au serment des témoins, sans qu'on eût jamais argué les Enquêtes de nullité.]

On a dit ci-devant que l'assignation devait être donnée aux témoins, en vertu d'une ordonnance du juge. Doit-on conclure de là qu'une simple ordonnance rendue à l'hôtel du juge, suffit, sans autre jugement, pour procéder à une Enquête? Non.

Par arrêt du 26 avril 1746, le parlement de Paris a déclaré nulle une ordonnance par défaut, que le lieutenant civil du châtelet avait rendue dans son hôtel le premier septembre 1744, pour permettre à la dame Florat, demanderesse en séparation, de faire preuve devant le commissaire Lafosse, des faits contenus en sa plainte, sauf au sieur Florat à faire preuve des faits contraires; l'Enquête faite en vertu de cette ordonnance a, en même temps, été déclarée nulle; et la cour, en renvoyant l'affaire au bailliage du palais, a ordonné que dans le cas où la dame Florat serait admise à justifier les faits énoncés dans sa plainte, elle pourrait faire entendre de nouveau les témoins ouïs dans l'Enquête annullée: cette décision est fondée sur ce qu'un juge ne peut, en son hôtel, ordonner une Enquête.

Le jour et l'heure pour comparoir doivent être exprimés dans les assignations données aux témoins et aux parties; et si quelques uns d'entre eux ne comparaissent pas, on attend pendant une heure, après laquelle on reçoit le serment et la déposition des témoins présens, à moins que les parties ne consentent la remise à un autre jour.

Digitized by Google

Autrefois, lorsque les témoins ajournés ne comparaissaient point au jour et à l'heure qui leur avaient été indiqués, la partie qui faisait procéder à l'Enquête, requérait contre les absens un défaut que le commissaire lui accordait, en ordonnant pour le profit, qu'il serait fait aux témoins non comparans un commandement pour venir déposer à un jour certain, à peine d'une amende qui était arbitree. S'ils ne paraissaient point encore à ce nouveau délai, on ordonnait qu'ils seraient ajournés pour voir déclarer l'amende encourue, et qu'ils seraient contraints par saisie de leurs biens et emprisonnement de leurs personnes.

L'ordonnance a fait des changemens considérables dans cette procédure : 1°. à défaut de comparution des témoins à la première assemblée, ils encourent l'amende de plein droit, sans qu'on soit obligé de les constituer davantage en demeure; — 2°. cette amende est fixée par la loi à 10 livres, et n'est plus arbitraire comme elle était auparavant; 3°. on ne peut forcer le témoin à la payer que par saisie de ses biens, et non par emprisonnement de sa personne, si ce n'est dans un cas manifeste de desobéissance, où le juge peut permettre d'employer cette dernière voie. Au surplus, les ordonnances des juges sont exécutoires contre les témoins, nonobstant opposition ou appellation : celles des commissaires enquêteurs et examinateurs le sont aussi, mais seulement pour la peine de dix livres.

Soit que la partie comparaisse ou non au jour indiqué, le juge ou commissaire doit prendre le serment des témoins présens, et procéder à la confection de l'Enquête, nonobstant toute opposition, appellation, récusation ou prise à partie, sauf à la partie intéressée à proposer ses reproches ou moyens après l'Enquête. Telle est la règle que l'ordonnance prescrit lorsque l'Enquête se fait hors du lieu de la résidence du juge.

Mais si le juge fait l'Enquête dans le lieu de sa résidence, et qu'il soit récusé ou pris à partie, il est obligé de surseoir jusqu'à ce que les récusations et prises à partie aient été jugées.

L'édit de novembre de 1578 et une déclaration du 4 décembre 1580 avaient créé des adjoints aux Enquêtes, dont la fonction était d'assister à la confection de ces actes; mais l'ordonnance de 1667 a supprimé la fonction de ces adjoints, et la déclaration du mois de novembre 1717 a pareillement supprimé les substituts-adjoints qui avaient été créés en 1696.

Le juge ou commissaire, en quelque cour ou juridiction que ce soit, doit recevoir lui-même le serment et la déposition de chaque témoin, sans que le greffier, ni autre, puisse les recevoir ni les rédiger par écrit hors la présence du juge ou commissaire.

On doit, au commencement de la déposition, faire mention des nom, surnom, âge, qualité et demeure du témoin, du serment par lui prêté; s'il est serviteur, parent ou allié de l'une ou l'autre des parties, et en quel degré.

Les témoins ne peuvent déposer en présence des parties, ni même en présence des autres témoins, excepté lorsque les Enquêtes se font à l'audience; hors ce cas, ils doivent être ouïs chacun séparément, et sans qu'il y ait d'autres personnes que le juge ou commissaire et le greffier qui écrit l'Enquête.

La déposition étant achevée, on la doit lire au témoin, et l'interpeller de déclarer si elle contient vérité : s'il y persiste, il doit signer sa déposition; ou s'il ne le peut faire, il doit le déclarer, et l'on en doit faire mention sur la minute et sur la grosse.

Le juge ou commissaire doit faire écrire tout ce que le témoin veut dire touchant le fait dont il s'agit entre les parties, sans en rien retrancher.

Si le témoin augmente, diminue ou change quelque chose à sa déposition, on doit l'écrire par apostilles et renvois en marge, qui doivent être signés par le juge et par le témoin, s'il sait signer; si le témoin ne sait pas signer, on en doit faire mention comme il a déjà été dit.

Le juge doit demander au témoin s'il requiert taxe; et si elle est requise, le juge doit la faire, eu égard à la qualité, voyage et séjour du témoin.

Toutes ces formalités doivent être observées à peine de nullité.

L'ordonnance défend en outre aux parties de faire entendre en matière civile plus de dix témoins sur un même fait, et aux juges ou commissaires d'en entendre un plus grand nombre; autrement la partie ne peut prétendre le remboursement des frais qu'elle a avancés pour les faire ouïr, quand bien même tous les dépens lui seraient adjugés en définitive.

Remarquez cependant qu'il s'est présenté au parlement de Paris un cas singulier, où une partie prétendit que les frais de soixante et quelques témoins qu'elle avait fait entendre dans une Enquête, lui seraient passés en taxe. La partie qui était condamnée aux dépens, soutenait ne devoir payer que les frais de dix témoins, conformément à l'ordonnance; celui qui avait gagné sa cause, répondait que le jugement qui avait ordonné l'Enquête, l'avait admis à prouver quatre circonstances dans l'incendie dont il s'agissait au fond, et sa partie adverse, à la preuve de trois autres circonstances; d'où il concluait qu'il y avait sept faits sur lesquels il avait pu faire entendre tous les témoins de son Enquête. Par arrêt rendu le 16 mai 1744, la cour a ordonné que les frais de l'Enquête passeraient en taxe sans aucune réduction.

La defense que l'art. 21 du tit. 15 de l'ordonnance de 1670 fait aux juges, d'avoir égard aux déclarations qu'ont pu faire les témoins depuis l'information, doit aussi s'appliquer aux déclarations faites par les témoins depuis l'Enquête. Ces déclarations sont absolument nulles; et les témoins qui les ont faites, ainsi que les parties qui les ont produites, doivent être condamnés chacun à quatre

Digitized by Google

cents livres d'amende envers le roi, et à d'autres plus grandes peines s'il echoit.

Le parlement de Paris a jugé en conformité de cette doctrine, par un arrêt du 3 septembre 1740, dont on peut voir l'espece dans la *Collection de jurisprudence*.

Le procès-verbal d'Enquête doit être sommaire, et ne contenir que le jour et l'heure des assignations données aux témoins pour déposer et aux parties pour les voir jurer, le jour et l'heure des assignations échues, leur comparution ou défaut, la prestation de serment des témoins, si c'est en présence ou absence de la partie, le jour de chaque déposition, les nom, surnom, âge, qualité et demeure des témoins, les requisitions des parties et les actes qui peuvent en être accordés.

Les expéditions ou procès-verbaux des Enquêtes ne doivent être délivrées qu'aux parties à la requête desquelles l'Enquête a été faite.

Avant l'ordonnance de 1667, on était dans l'usage d'envoyer les expeditions des Enquêtes dans un sac clos et scellé au greffe de la juridiction saisie du fond de la contestation : ensuite on fournissait des moyens de nullité et de reproches contre les témoins, en execution d'un appointement donné à cet effet : après cela, on demandait la réception de l'Enquête à l'audience, ce qui s'appelait *publier l'Enquête*. Ces formalités ont été abrogées par l'art. 20 du tit. 22.

Le législateur a substitué à ces mêmes formalités, l'obligation de signifier, tant le procès-verbal d'Enquête, que l'Enquête même : mais la signification du procès-verbal doit précéder celle de l'Enquête.

Si celui qui a fait l'Enquête, refuse ou néglige d'en faire signifier le procès-verbal, l'autre partie peut le sommer par un simple exploit de le faire dans trois jours; après quoi elle peut lever ce procès-verbal, et le greffier est tenu de lui en délivrer expédition, en lui représentant l'acte de sommation et en lui payant les salaires de la grosse dont il doit être délivré exécutoire contre la partie qui en devait donner copie.

La partie qui a fourni des reproches ou renoncé à en fournir, peut demander copie de l'Enquête; et en cas de refus, l'Enquête doit être rejetée, et l'on procède au jugement.

Si celui contre qui l'Enquête a été faite, en veut prendre avantage, il peut la lever après avoir mis son adversaire en demeure de le faire.

Celui qui lève ainsi l'Enquête au refus de son adversaire d'en donner copie, a huitaine pour lever le procès-verbal et autant pour lever l'Enquête; et si elle a été faite hors du lieu où le differend est pendant, on donne un autre delai à raison d'un jour pour dix lieues.

Ces délais de huitaine ne sont que pour les cours et pour les bailliages, sénéchaussées et presidiaux; dans les autres sieges, chaque délai n'est que de trois jours.

Avant de pouvoir demander copie du procès-verbal de sa partie adverse, il faut donner copie du sien; il en est de même pour l'Enquête.

Celui qui a eu copie du procès-verbal et de l'Enquête, ne peut en cause principale ou d'appel, faire oüir à sa requête aucun témoin, ni fournir des reproches contre ceux de sa partie adverse.

[Mais il en serait autrement, s'il n'avait en copie que du procès-verbal; il pourrait alors, suivant un arrêt du parlement de Provence du 21 janvier 1676, faire entendre tels nouveaux témoins qu'il jugerait à propos.

Le nommé Paul Jourdan et différens autres possesseurs de biens situés au-delà de la rivière de Larc, à l'opposite de la métairie de la Morée appartenant au sieur Bec, procureur au parlement de Provence, avaient été chargés par une sentence du lieutenant général d'Aix, de prouver qu'ils etaient en possession immémoriale d'un chemin dont le sieur Bec leur contestait l'usage. Les deux parties ayant fait leurs Enquêtes, le sieur Bec fit signifier à Jourdan et consors la copie du procès-verbal de la sienne. Ceux-ci, qui avaient déjà fait entendre quatorze témoins, obtinrent en chancellerie des lettres pour en faire entendre de nouveaux. Les lettres présentées au lieutenant général d'Aix, sentence intervint qui ordonna qu'elles seraient mises dans le sac, pour y avoir, en jugeant, tel égard que de raison. — Jourdan et consors appelerent de cette sentence, sur le fondement (dit Boniface, tome 4, liv. 9, art. 3, chap. 2), qu'elle renfermait un déboutement indirect; « et que les parties n'ayant point eu vision d'Enquête ni copie, les ordonnances nouvelles ni les anciennes ne défendent pas la permission, par lettres royaux ou autrement, d'oüir de nouveaux témoins, et que tel en etait l'usage et la pratique. »

Par l'arrêt cité, le parlement de Provence a mis l'appellation et ce au néant; émendant, a permis aux appelans de faire oüir de nouveaux témoins, à la charge que l'intimé en pourrait faire oüir aussi aux dépens des appelans.]

Si la preuve a été ordonnée à l'audience sans appointer les parties, les Enquêtes doivent être rapportées à l'audience pour y être jugées sur un simple acte.

Lorsque l'Enquête est déclarée nulle par la faute du juge ou commissaire, on en fait une nouvelle aux dépens de ce juge ou commissaire, dans laquelle la partie peut faire oüir de nouveau les mêmes témoins.

Mais si la nullité procédait du fait de la partie, de l'huissier ou du procureur, l'Enquête ne pourrait pas être recommencée.

Les règles que nous venons de rappeler, ne sont pas applicables aux matières sommaires.

L'art. 8 du tit. 17 de l'ordonnance de 1667 porte que si, dans ces matières, les parties se trouvent contraires en faits, et que la preuve par témoins en soit reçue, les témoins seront ouïs à la prochaine audience en présence des parties, si elles compa-

Digitized by Google

raissent; sinon en l'absence des défaillans, et que néanmoins, à l'égard des cours, des requêtes de l'hôtel et du palais, et des presidiaux, les témoins pourront être ouïs au greffe par un conseiller, le tout sommairement, sans frais et sans que le délai puisse être prorogé.

L'art. 9 ajoute que les reproches seront proposés à l'audience avant que les témoins soient entendus, si la partie est presente; qu'en cas d'absence, il sera passe outre à l'audition; et que sur le plumitif ou par le procès-verbal, si c'est au greffe, il sera fait mention des reproches et de la déposition des témoins (M. Guyot.)*

[Il résulte clairement de là qu'on ne peut pas, même en matière sommaire, rendre un jugement sur une enquête purement verbale et non rédigée par écrit. Aussi le conseil souverain d'Alsace a-t-il, par arrêt du 20 mai 1716, enjoint « au magistrat de Turckheim et à tous les juges du ressort de faire rédiger par écrit les dépositions des témoins, entendus à l'audience, dans les affaires sommaires, le serment préalablement pris d'iceux ». (*Recueil des ordonnances d'Alsace*, tome 1, page 473.)

§. II. *Des Enquêtes suivant la forme de procéder aux parlemens de Navarre, de Flandre et de Lorraine.*

Comme l'ordonnance de 1667 n'est point enregistrée aux parlemens de Navarre, de Flandre et de Lorraine, on suit, dans les ressorts de ces cours, en matière d'Enquêtes, des formes toutes différentes de celles qu'on observe dans les autres juridictions du royaume.]

* I. Dans le ressort de la première, les Enquêtes se font devant des commissaires inconnus dans les autres pays, et qu'on appelle *notaires-enquêteurs*.

Autrefois, suivant le *For*, Rubrique *de commissaires et adjoints*, il était libre aux parties qui craignaient ou soupçonnaient ces commissaires, de demander qu'il leur fût donné un adjoint, qui était une espèce de surveillant. Cette disposition de la coutume a été abrogée par un usage contraire.

L'ordonnance de 1667 fixe des délais dans lesquels on doit commencer et parachever les Enquêtes; d'après cette loi, une légère négligence suffit souvent pour ôter à des parties les avantages qu'elles auraient recueillis des preuves qu'elles auraient fait admettre. — Il n'en est pas ainsi en Béarn et en Navarre, où l'on ne suit point cette ordonnance : les parties sont à temps de commencer et de rapporter leurs Enquêtes jusqu'au jugement définitif; et si elles ne les rapportent point après quelques délais qui leur sont accordés, on procède au jugement dans l'état où est le procès. Cette crainte opère seule le bien que l'ordonnance a en en vue en fixant les délais pour commencer et parachever l'Enquête, et une partie n'est privée du droit d'y faire proceder que parcequ'elle le veut. (M. Mourot.)*

[II. Dans le ressort du parlement de Flandre, il n'y a point de loi qui ordonne aux juges d'exprimer, dans leurs sentences d'appointement à faire preuve, le detail des faits sur lesquels doivent rouler les Enquêtes; de manière que l'observation de cette formalité dépend absolument de leur prudence.

Le délai pour faire procéder à une Enquête, est d'un mois, à compter, pour le demandeur, du jour de la signification du jugement qui l'ordonne; et pour le défendeur, du jour de la signification de l'acte par lequel le demandeur renonce à toute preuve ultérieure. C'est ce que prescrivent les art. 1 et 4 du chap. 70 des chartes générales du Hainaut.

Si l'une des parties laisse écouler le terme légal sans faire son Enquête, l'autre doit demander par un placet présenté au rapporteur, qu'elle en soit déboutée et forclose. Sur ce placet, le rapporteur accorde un nouveau délai, qui doit être d'un mois ou de quinze jours, suivant la qualité de la matière : si au bout de ce temps la partie reste toujours dans l'inaction, le rapporteur fixe un troisième délai, qu'il qualifie de péremptoire; et lorsqu'il est écoulé, il prononce lui-même la forclusion.

On a quelquefois soutenu que le seul laps du délai péremptoire, suffisait pour opérer la forclusion. Voici trois actes de notoriété qui prouvent le contraire : nous les rapportons d'autant plus volontiers, qu'ils ne sont imprimés nulle part.

« Nous soussignés procureurs de la ville et gouvernance de Douai, certifions par forme de notoriété, qu'il est d'un usage constant et invariable au siège échevinal de ladite ville, que les ordonnances péremptoires n'emportent pas par elles-mêmes déboutement, aussi long-temps qu'elles ne sont pas décrétées par le juge, sur un placet qui lui est présenté à cet effet par la partie qui veut obtenir ledit déboutement; ce que nous avons toujours vu, suivi et observé, comme pratique dudit siège, l'ayant ainsi pratiqué nous-mêmes dans tous les procès où nous avons prêté notre ministère, et l'ayant pareillement vu pratiquer par nos anciens et prédécesseurs. En foi de quoi nous avons donné le présent acte de notoriété. A Douai, le 29 avril 1758. *Signé* Vollet, Devienne, Coppin, Mazengarbe, Le Febvre.

» Nous soussignés greffiers de la ville de Douai, certifions que l'acte de notoriété ci-dessus est véritable en tout son contenu; et qu'il est d'une pratique constante que les ordonnances péremptoires ne privent pas de plein droit la partie contre laquelle elles ont été obtenues, si elles n'ont été décrétées sur un second placet. Fait à Douai, le 29 avril 1758. *Signé* Plaisant, Becquet, Duquesne.

» Les soussignés attestent les mêmes choses que dessus, ce 29 avril 1758. *Signé* Candelier, *commis au greffe*. Bara, *commis au greffe* ».

Il faut observer qu'une partie qui est en défaut de satisfaire aux interpellations et au compulsoire de son adversaire, ne peut faire contre lui aucune poursuite pour le forcer à achever sa preuve, ni par conséquent obtenir aucune forclusion à sa charge, parcequ'il est de principe que les interpellations

Digitized by Google

et les compulsoires tiennent les Enquêtes ouvertes. C'est la doctrine de Mysingere, centurie 2, obs. 99; de Gayl, *lib.* 1, *obs.* 91, n. 8 et 9; de Voet, sur le Digeste, liv. 11, tit. 1, n. 4; c'est aussi ce que décide l'art. 9 du chap. 70 des chartes générales du Hainaut; et c'est ce qu'a réglé un arrêté du parlement de Flandre, du 10 décembre 1682, rapporté par de Ghewiet, part. 4, tit. 1, §. 7, art. 2, et qui est conforme à un ancien arrêt du grand conseil de Malines, rapporté sans date par Christin, tome 1, decis. 95. La raison qu'en donne Voet, est que le défaut de répondre aux interpellations et de satisfaire au compulsoire, laisse celui qui est chargé de la preuve, dans l'incertitude sur les faits qu'il peut tenir pour avoués, et sur ceux qu'il doit prouver: *Eo quod meritò ignorat, quæ pro confessis ex responsione habenda sint; quæ ex adverso negatu, probationem requirant.*

Une partie qui s'est laissée débouter de faire sa preuve, n'est pas pour cela sans ressource: elle peut lever à la chancellerie établie près le parlement, des lettres qu'on appelle improprement *requête civile*, et cette seule formalité la remet au même état où elle était avant la forclusion.

On pouvait autrefois successivement demander autant de ces requêtes civiles, qu'on avait encouru de forclusions. Mais l'abus que des plaideurs téméraires en ont fait, ont déterminé les juges à en limiter le nombre. Le président d'Hermaville rapporte un arrêt du parlement de Flandre, confirmatif d'une sentence de l'échevinage de Lille du 25 septembre 1689, qui avait rejeté une quatrième requête civile, obtenue pour être relevé d'une quatrième forclusion de faire preuve. Depuis ce temps, il a passé en maxime qu'on peut obtenir trois requêtes civiles consécutives contre des déboutemens d'Enquêtes, mais pas davantage. Ce nombre a paru raisonnable, et pour subvenir aux justes empêchemens des plaideurs, et pour mettre un frein aux longueurs de la chicane.

On a cependant borné cet usage aux forclusions encourues sur les faits articulés avant la prononciation de l'appointement à faire preuve: car on admet une partie munie d'une quatrième requête civile, à alléguer et vérifier des faits nouveaux, quoiqu'elle se soit déjà laissée forclore trois fois de la vérification des faits contestés.» M. le président Desjannaux rapporte un arrêt du 30 janvier 1703 qui l'a ainsi jugé.

Au surplus, il n'est pas douteux, malgré cette pratique, que le juge ne puisse, lorsqu'il voit une partie multiplier les prétextes pour traîner en longueur une preuve à laquelle elle est admise, la contraindre de faire et d'achever cette preuve dans un délai moral, sans espérance d'en obtenir aucun autre.

En effet, les délais n'ont pas été introduits pour favoriser la mauvaise foi; il n'ont pour objet que de procurer à une partie les moyens d'établir sa demande ou sa défense; si elle en abuse, si elle s'en sert pour fatiguer son adversaire, s'ils ne sont pour elle que des instrumens de vexation et de chicane, la justice doit les ramener à leur institution primitive, et les restreindre dans les bornes que la raison et l'équité ont prescrites.

C'est ce qu'ont fait, dans tous les temps, les tribunaux des provinces belgiques.

Néostade, en son Recueil d'arrêts du conseil de Hollande, §. 31, rend compte d'une sentence qui avait resserré considérablement un délai pareil. On en appela, dit-il, au conseil; mais quelle fut l'issue de cet appel? *Domini dixerunt bene judicatum esse, male appellatum*, le 10 janvier 1579.

Le 10 décembre 1751, les juges municipaux de Lille ordonnent au sieur de Latour, qui était admis à faire preuve des moyens de faux par lui articulés contre un testament, *d'achever son information dans le mois, à péril que ladite information serait tenue pour close.* Le sieur de Latour appelle de cette ordonnance au parlement de Flandre: un arrêt du 21 janvier 1752 met l'appellation au néant, avec amende et dépens.

Le 18 juillet 1769, le parlement de Flandre ordonne aux grand prieur et religieux d'Anchin d'achever, *dans le mois péremptoirement*, la preuve à laquelle ils étaient admis, au sujet de la justice qu'ils prétendaient sur les fiefs du Tronquoy et de Coquelet.

Le 13 mai 1780, le présidial de Bailleul ayant à prononcer entre les nommés Vanbrugge et Hossaërt, sur la validité ou nullité d'une vente qu'on prétendait avoir été faite par *nécessité*, et qui remontait à l'anné 1722, ordonne à Vanbrugge de vérifier les faits de nécessité qu'il avait allegués de la part des auteurs d'Hossaërt, ses vendeurs. Pour acquérir une preuve de cette nature, il fallait chercher des témoins sur des objets qui avaient 58 ans de date, et il n'était pas facile d'en trouver. Cependant, quatre mois précis après cet appointement, le 13 septembre 1780, le présidial de Bailleul rend une nouvelle sentence qui ordonne à Vanbrugge d'achever sa preuve *dans trois semaines péremptoirement.* Vanbrugge appelle; il expose au parlement l'impossibilité de faire, dans un terme aussi court, une preuve aussi difficile que celle à laquelle il est admis. Mais, par arrêt du 17 janvier 1782, au rapport de M. Wacrenier, l'appellation est purement et simplement mise au néant, avec amende et dépens.

Le 11 mars 1783, la même cour, au rapport de M. Durand d'Elecourt, a ordonné au comte d'Herlines *de commencer et achever, dans un mois péremptoirement*, la preuve des moyens de faux à laquelle il avait été admis précédemment.

Le premier avril de la même année, autre arrêt semblable, au rapport de M. Merlin du Vivier. — Le sieur Delannoy était en instance au siège échevinal de Lille, contre la demoiselle B..... qui le poursuivait en dommages-intérêts pour inexécution de promesse de mariage. Il avait oppose à ces poursuites des faits à la preuve desquels il avait été admis. Cette preuve traînant en longueur, et le

Digitized by Google

sieur Delannoy menaçant de se laisser débouter et de se faire *relever* jusqu'à trois fois, suivant la pratique dont on a rendu compte ci-dessus, la demoiselle B. . . . a obtenu, le 27 janvier 1783, une sentence qui a ordonné au sieur Delannoy *de faire et achever sa preuve dans le mois péremptoirement.* Le sieur Delannoy a appelé de cette sentence : la demoiselle B. . . . , que je défendais, a anticipé son appel; et, par l'arrêt cité, la cour a mis l'appellation au néant, et a condamné le sieur Delannoy à l'amende et aux dépens.

Il n'y a plus de commissaires-enquêteurs dans le ressort du parlement de Flandre, depuis la réunion qui a été faite de ces offices à ceux des juges ordinaires, en vertu d'une déclaration du 23 janvier 1717. En conséquence, ce sont toujours les rapporteurs qui procèdent aux Enquêtes; et c'est encore un point dans lequel l'usage des Pays-Bas, justifié spécialement par l'art. 24 du chap. 79 des chartes générales du Hainaut, diffère de celui qui s'observait en France avant la création des commissaires-enquêteurs; car Maynard, liv. 4, chap. 66, atteste que, même de son temps, un rapporteur ne pouvait être commis pour une Enquête.

Cette règle admet cependant une exception dans le cas où les témoins qu'on veut faire entendre, sont fort éloignés, et dont le voyage occasionnerait des frais considérables aux parties : le juge doit alors nommer un commissaire *ad partes*, c'est-à-dire adresser une commission rogatoire au juge du lieu pour entendre lui-même les témoins.

L'art. 4 du chap. 57 des chartes générales du Hainaut ordonne la même chose, lorsqu'un témoin se trouve empêché par une maladie de se rendre au lieu désigné pour la tenue de l'Enquête.

Si néanmoins, dans l'un ou l'autre de ces deux cas, l'intérêt de la cause et l'importance des faits demandaient que le rapporteur entendît lui-même les témoins, le tribunal devrait ordonner qu'il s'y transportât, et n'avoir aucun égard à la réquisition que ferait l'une des parties pour la nomination d'un commissaire *ad partes*. Le parlement de Flandre la jugé ainsi par arrêt du 25 juin 1697, confirmatif d'une sentence du bailliage de Tournai et d'un jugement des conseillers-commissaires aux audiences.

C'est un principe constant dans la jurisprudence belgique, qu'un commissaire ne peut procéder à une Enquête sans un adjoint, qui est ordinairement un des greffiers du siège, ou qui du moins en fait les fonctions dans cette occasion. On pourrait cependant appliquer aux Pays-Bas un arrêt du parlement de Paris, rendu au mois de juin 1535, toutes les chambres assemblées, et un autre du parlement de Toulouse, intervenu en 1580, par lesquels il a été décidé que, quoiqu'un commissaire ne pût entendre les témoins sans son adjoint (ce qui a été abrogé depuis par l'ordonnance de 1667), il pouvait cependant recevoir seul les sermens qui devaient servir de base aux dépositions. Le premier de ces arrêts est rapporté par Duluc, et l'autre par Maynard.

Il n'y a jamais eu dans les Pays-Bas d'adjoints en titre d'office. L'art. 20 du chap. 70 des chartes générales du Hainaut défend aux conseillers de se prendre l'un pour autre adjoints, et néanmoins autorise les cours à établir deux commissaires pour les Enquêtes qui se font *en grandes matières ou entre grands personnages.*

L'art. 25 du même chapitre porte que « le fils, frère, gendre, neveu, clerc ou autre serviteur du commissaire, ne pourra être pris pour adjoint, quoique les parties y consentent ». La même chose est établie par l'art. 27 d'un édit du mois de décembre 1701, portant réglement pour le parlement de Flandre.

Nous venons de dire que les adjoints font, dans les Enquêtes, toutes les fonctions de greffiers. L'article 20 du chapitre cité porte à ce sujet que « les commissaires feront eux-mêmes les examens des témoins, présent le greffier ou adjoint, et lui dicteront les dépositions des témoins, lesquelles étant tout au long écrites, lesdits commissaires les liront auxdits témoins, et les leur feront signer..... *sans laisser prononcer ou relire lesdites dépositions par l'adjoint*». — La disposition contenue dans ces derniers termes, est particulière au Hainaut; car, dans les autres parties du ressort du parlement de Douai, c'est l'adjoint qui fait aux témoins la lecture de leurs dépositions.

L'art. 18 du même chapitre défend aux parties de faire ouïr plus de dix témoins sur un même fait, et aux commissaires d'en entendre un plus grand nombre, à peine de correction arbitraire, si ce n'est dans les matières où l'on procède par Enquêtes parturbes, ou que le tribunal n'en ordonne autrement sur le vu des dépositions déjà reçues. Cette règle est conforme à l'art. 13 de l'ordonnance de 1444, et à l'art. 21 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667; mais elle ne s'observe pas plus exactement dans le Hainaut français, que dans les autres provinces belgiques.

On a élevé des doutes sur la manière dont on doit recevoir, dans la Flandre flamande, les dépositions des témoins qui ne savent pas la langue française. Le parlement a décidé d'abord, par un arrêt rendu en 1685, sur la requête des juges de Cassel, qu'ils devaient être entendus dans la langue qui leur était familière. Mais depuis, ce même tribunal a pensé, et avec raison, qu'il fallait recevoir leurs dépositions en français, par le moyen d'un interprète. Il s'est par-là conformé aux maximes de toutes les autres juridictions du royaume, et il s'est rapproché de l'esprit d'un édit du mois de décembre 1684, portant défenses de plaider et faire aucune procédure dans la Flandre flamande autrement qu'en langue française.

On a demandé à ce sujet si l'interprète pouvait en même temps servir d'adjoint. L'art. 27 d'un édit

Digitized by Google

du mois de décembre 1701, portant règlement pour le parlement de Flandre, decide que non, et veut en même temps que les commissaires nomment d'office les interprètes, toutes les fois qu'il en sera besoin.

L'usage dans lequel on a toujours eté de prodnire des certificats en justice, malgré les défenses réitérées que diverses lois ont faites aux juges d'y avoir le moindre égard, a fait naître la question de savoir si ceux qui ont donné de pareils certificats, doivent être ouis et examinés de nouveau dans les Enquêtes, ou s'il suffit de les recoler sur leurs témoignages extrajudiciaires. Le premier parti a prévalu, comme plus conforme aux règles de l'exacte procédure, et il est établi sur l'art. 51 de l'ordonnance criminelle de Philippe II, roi d'Espagne, du 5 juillet 1570; sur l'art. 13 du chap. 70 des chartes générales du Hainaut; et sur l'art. 37 du chap. 1 du style du parlement de Douai.

Une autre question qu'a occasionnée l'usage abusif des certificats, est de savoir si l'on satisfait, par la production de pareils actes, à un jugement qui ordonne de faire une preuve dans un certain délai.

J'ai fait juger la négative dans l'espèce suivante: — Adrien Bachelet, demeurant à Pont-à-Vendin, avait été admis par arrêt du parlement de Flandre, à vérifier qu'il était créancier de la veuve Thorez, du même lieu. Celle-ci lui ayant fait ordonner de faire sa preuve dans le mois, il fit signifier, dans ce terme, une écriture par laquelle il se bornait à détailler ses prétendues créances, et à les appuyer de quelques certificats. Le mois écoulé, la veuve Thorez présenta requête pour le faire declarer forclos de faire sa preuve, sur le fondement qu'on ne satisfait point à un appointement à vérifier, par une production de simples certificats; et pour faire voir que ce n'était pas la crainte de succomber au fond qui l'engageait à poursuivre cette forclusion, elle joignit à sa requête différentes pièces qui paraissaient établir qu'elle n'était pas débitrice. Bachelet vint demander communication de ces pièces, et soutenir qu'ayant produit des certificats, il était censé avoir commencé sa preuve. Je répondis, pour la veuve Thorez, que n'étant pas chargée de la preuve directe, elle ne pouvait pas être tenue de communiquer les pièces qu'elle avait produites surabondamment. J'insistai en même temps pour que Bachelet fût déclaré purement et simplement forclos; et il le fut, en effet, par arrêt du 11 décembre 1779.

Lorsque les deux parties ont achevé leurs preuves respectives, ou que l'une d'elles a encouru la forclusion, celle qui veut aller en avant présente un placet au commissaire pour demander l'ouverture et la publication des Enquêtes, et en conséquence elle fait signifier une copie de la sienne à son adversaire.

Une question fort importante est celle de savoir si l'on peut être reçu à faire entendre de nouveaux témoins après la publication des Enquêtes. La négative a passé en maxime; mais on ne doit l'entendre que du cas où celui qui voudrait faire une preuve plus ample, aurait connaissance des dépositions.

Ainsi la partie qui a levé une expédition de son Enquête, soit par elle-même, soit par son procureur, n'est plus recevable à produire de nouveaux témoins, même en offrant d'affirmer qu'elle n'a pris aucune communication de la copie qui lui a été expediée. C'est ce qu'a juge un arrêt du parlement de Flandre du premier avril 1693, rapporte par Pollet.

Mais lorsqu'une partie a fait signifier une copie de son Enquête à son adversaire, celui-ci peut encore ajouter à sa preuve en obtenant des lettres de requête civile, et en affirmant, lui, son avocat et son procureur, qu'ils n'ont point lu la copie signifiée. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 15 novembre 1678 et 18 mai 1694. Le premier est rapporté par Deghewiet en ses *Institutions au droit belgique*, le second par le président Desjaunaux. Cette jurisprudence est puisée dans l'esprit même du chap. 4 de la novelle 94; mais elle ne peut avoir lieu qu'autant que la partie, à laquelle a été signifiée l'Enquête de son adversaire, demande à faire entendre ses témoins, les choses encore entières, c'est-à-dire, avant que le principal soit jugé dans le siége où l'Enquête a été ordonnée; car celui qui aurait été debouté en première instance de faire une preuve ultérieure, et qui aurait été forcé, en conséquence, d'accepter la signification de l'Enquête de sa partie adverse, ne pourrait pas, en cause d'appel, se faire relever de son déboutement, quand même il affirmerait n'avoir pris aucune communication de l'Enquête qui lui a été signifiée. Le parlement de Flandre l'a ainsi jugé par arrêt du 11 mars 1712, rapporté par Desjaunaux, et telle est la disposition d'un décret du concile général de Vienne, insére dans les *clémentines*, liv. 2, tit. 8, ch. 2.

Cette décision ne doit cependant pas s'étendre au cas où l'on alléguerait des *faits nouveaux*: car il est de maxime qu'on est reçu en tout état de cause à faire preuve de ces sortes de faits, parceque la justice n'a pas, à cet egard, les mêmes inconvéniens à éviter ni les mêmes dangers de subornation à craindre, qu'à l'égard des points sur lesquels roulent les dépositions déja reçues et publiées. C'est le sentiment de Zoëz sur le titre du Digeste *de probationibus*, et telle est la pratique du parlement de Flandre. *V.* l'arrêt du 30 janvier 1703, rapporté ci-dessus.

Mais quels sont les faits qu'on doit considerer en cette matière comme *nouveaux*, et dans quel cas la preuve en est-elle admissible?

On entend par *faits nouveaux* en cette matière, ceux qui n'ont pas été articulés avant l'appointement à faire preuve.

Et pour que la preuve en soit reçue, il faut qu'ils aient une certaine connexité avec les anciens, parceque ceux-ci étant la matière du procès, les faits qui ne s'y rapporteraient pas, seraient indifférens à l'objet contentieux, et conséquemment inadmissibles.

Mais que doit-on entendre par un fait nouveau dépendant d'un ancien? C'est, repond Zoëz, à l'en-

Digitized by Google

droit cité, un fait *qui facti quidem necessitate sub priori concluditur, non tamen necessitate probationis*, c'est-à-dire, un fait dont l'existence suppose nécessairement celle d'un fait allégué auparavant, mais dont la preuve n'est pas liée essentiellement à celle d'un ancien, de manière que l'Enquête a pu rouler sur celui-ci sans toucher à celui-là. C'est ainsi que dans le chap. 10 *de fide instrumentorum*, aux décretales, une partie est admise en cause d'appel à prouver qu'un contrat de vente sur lequel il y a eu une Enquête en première instance, a été fait sous une condition dont il n'a pas encore été parlé; et cette preuve est reçue par la raison *quòd etsi novum capitulum esset, pendebat tamen ex veteri*. Ce sont les propres termes du texte cité.

Remarquez, d'ailleurs, que celui qui intervient dans une instance après l'ouverture et la publication des Enquêtes, n'est pas obligé, si son intervention est reçue, de se renfermer dans les preuves déjà faites; et qu'il doit être admis, s'il le demande, à faire entendre de nouveaux témoins. C'est ce qu'enseignent Gayl, *lib.* 1, *observ.* 71, *n.* 12; et Voët sur le Digeste, liv. 22, tit. 5, n. 18.

C'est aussi ce que le parlement de Flandre a jugé par arrêt du 13 juillet 1765, au rapport de M. Waerenier. — Il avait été rendu, à la justice de Douchy, une sentence entre le sieur de Grumelier, seigneur du lieu, et la veuve Linsel, qui avait appointé les parties à faire preuve de leurs allégations respectives, sur le point de savoir si le moulin du premier était banal ou non. — Les Enquêtes avaient été faites, et elles avaient été suivies d'une autre sentence dont la veuve Linsel s'était rendue appelante au parlement de Flandre. — Sur cet appel, le parlement avait ordonné, avant faire droit, que la communauté des habitans de Douchy serait mise en cause. — En conséquence, cette communauté était intervenue, et elle demandait permission de faire une preuve contraire à celle qui avait été faite en première instance par le seigneur. — Celui-ci a eu beau se récrier sur les dangers de cette preuve, et les inconvéniens qui résultaient de la connaissance qu'avaient, de son Enquête, tous les habitans de Douchy. — La cour a considéré la communauté comme une nouvelle partie, et n'a pas cru pouvoir l'obliger de se renfermer dans la preuve de la veuve Linsel, qui lui était étrangère : d'après cela, par l'arrêt cité, la communauté a été autorisée à faire telle preuve et faire entendre tels témoins qu'elle jugerait convenir, et le sieur de Grumelier a été condamné aux dépens de l'incident.

Autre arrêt du mois de novembre 1776, au rapport de M. Warenghien de Flory. — Les abbé, grand-prieur et religieux d'Anchin s'étaient pourvus au bailliage du Quesnoy contre un particulier du village de Gomeignies, pour refus de la dixme des regains de Treffles. Il y avait eu des Enquêtes de part et d'autre, et il était, en conséquence, intervenu une sentence définitive dont l'appel fut porté au parlement de Flandre. Pendant l'instruction de cet appel, la communauté de Gomeignies intervint; et après avoir fait recevoir son intervention, demanda à faire entendre de nouveaux témoins pour détruire les faits de possession articulés par l'abbaye d'Anchin. Les religieux s'y opposerent, mais l'arrêt cité les débouta de leur opposition et les condamna aux dépens.

Cette jurisprudence est conforme au sentiment de Jousse, sur l'art. 36 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667: « Lors, dit-il, qu'une partie intervient dans une instance, elle peut faire entendre de nouveaux témoins à sa requête, quoique la partie principale ait fait son Enquête ».

On a vu aux articles *Complainte* et *Charge d'Enquête*, que lorsqu'on se pourvoit en complainte au parlement de Flandre sur une commission de chancellerie, l'huissier à qui cette commission est adressée instruit la cause, et que c'est devant lui qu'on fait entendre des témoins; mais il faut observer, 1°. qu'il ne peut pas procéder seul, et que l'intervention d'un adjoint gradué lui est absolument nécessaire; 2°. que dans le cas où il est obligé d'envoyer au parlement l'Enquête tenue devant lui, il doit avoir la precaution de la renfermer dans un sac dûment clos et cacheté. Ces deux points sont ainsi réglés par un arrêt du 16 septembre 1672; et c'est pour avoir négligé le second dans une affaire instruite à Cambrai entre le sieur Douai et le sieur Canone d'Hézeque, que l'huissier Meignot a été interdit pour six mois par arrêt du 24 janvier 1777.

Nous parlerons à l'article *Reproches*, de ce qu'il y a de particulier sur cette matière dans la jurisprudence belgique.

L'art. 29 de l'edit déjà cité du mois de décembre 1701 a corrigé un abus qui s'était introduit au parlement de Flandre, dans le jugement des procès dans lesquels les parties avaient été reglees à faire preuve. Cet article veut que les Enquêtes soient rapportees, lors du jugement, en grosse originale ou en copie dûment collationnée, et fait défenses de juger sur de simples copies, quoique respectivement produites par les parties.]

* III. En Lorraine on suit, pour la confection des Enquêtes, les dispositions du titre 5 de l'ordonnance civile du duc Léopold du mois de novembre 1707. Elles different peu de ce qui est prescrit par le titre 22 de l'ordonnance du mois d'avril 1667. (*M. Guyot*). *

[§. III. *De la manière dont il a dû être procédé aux Enquêtes, dans l'intervalle de la publication de la loi du 3 brumaire an 2 à celle du Code de procédure civile.*

L'art. 9 de la loi du 3 brumaire an 2 ayant ordonné qu'il serait « statué dans tous les tribunaux et dans toutes les affaires, sans aucuns frais, sur defenses verbales », il s'est agi de savoir si désormais les Enquêtes devaient être faites à l'audience, ou si l'on devait continuer de les faire dans les formes déterminées par les anciennes ordonnances.

Digitized by Google

Ce doute a été résolu en ces termes par la loi du 7 fructidor an 3 :

« La convention nationale, après avoir entendu son comité de législation sur la pétition de Philippe-Marin, Thomas et Marie-Marguerite Leroy, sa femme, par laquelle ils consultent la convention sur la validité du jugement rendu entr'eux et les nommés Lucas et Cocagne, au tribunal du district de Gournay, par lequel ce tribunal a ordonné que les témoins produits par les parties, seraient entendus à l'audience publique et en presence desdites parties; — Considérant que ce jugement est conforme à l'esprit et à l'intention de la loi du 3 brumaire an 2 ;

» Décrète qu'elle passe à l'ordre du jour sur la pétition desdits Thomas et sa femme; — Et en outre, pour ne laisser aucun doute sur le véritable sens de ladite loi et prévenir les objections qu'on pourrait faire à ce sujet, décrète ce qui suit :

» *Art.* 1. A l'avenir, en toutes matières civiles dont la connaissance appartient aux tribunaux de districts, et sans aucune distinction, les témoins seront entendus à l'audience publique, en présence des parties intéressées, où elles seront dûment appelées.

» 2. Le greffier tiendra note de leurs noms, âge, qualité et demeure, ainsi que de leurs dépositions et reproches qui auront été fournis contr'eux; il fera pareillement mention du serment que le tribunal aura fait prêter avant que de recevoir leurs dépositions.

» 3. L'affaire sera jugée immédiatement après qu'ils auront été entendus, si faire se peut, sinon à l'audience suivante, sans qu'il soit besoin d'un autre acte ni procédure.

» 4. Il est dérogé par le présent décret à toutes lois contraires ».

De cette loi et d'un arrêté du gouvernement du 18 fructidor an 8, dont nous parlerons tout à l'heure, sont nées plusieurs questions que nous allons passer successivement en revue.

I. *Sous l'empire de la loi du 7 fructidor an 3, les formalités prescrites par le tit. 22 de l'ordonnance de 1667, étaient-elles encore de rigueur dans les Enquêtes?*

Jacques-Laurent et Anne Coissat étaient demandeurs en cassation d'un jugement du tribunal civil du département de l'Indre, du 13 floréal an 7, qui avait adopté l'affirmative, en déclarant nulle une Enquête faite devant le tribunal civil du département de la Haute-Vienne, et dont le résultat était entièrement à leur avantage.

La cause portée à l'audience de la cour de cassation, section civile, le 1er fructidor an 9, j'ai dit :

« L'ordonnance de 1667 distinguait, en fait d'Enquêtes, entre les matières sommaires et les causes ordinaires.

» Pour les causes ordinaires, la forme des Enquêtes était réglée par le tit. 22 de cette ordonnance. — Les témoins ne pouvaient déposer en présence des parties, mais séparement, devant le juge seul et son greffier. — Au commencement de chaque déposition, devait se trouver la mention des noms, surnom, âge, qualité et demeure du témoin, du serment par lui prêté, de sa déclaration s'il était serviteur ou domestique de l'une des parties, ou son parent ou allié, et en quel degré. — La déposition achevée, on devait la lire au témoin, et l'interpeller de déclarer s'il la reconnaissait pour véritable; — S'il y persistait, il devait la signer; sinon, il devait être fait mention qu'il ne savait ou ne pouvait le faire; — Et le tout à peine de nullité. — Ainsi l'ordonnaient les art. 14, 15, 16 et 20. — D'autres articles réglaient ensuite dans quel ordre et dans quels délais devaient se signifier les procès-verbaux d'Enquêtes, les reproches et les Enquêtes elles-mêmes.

» Il en était tout autrement dans les matières sommaires. Suivant le tit. 17 de l'ordonnance, les témoins devaient être ouïs à l'audience qui suivait immédiatement la prononciation de l'appointement à faire preuve; — Ils devaient l'être en présence des parties, si elles comparaissaient; sinon, en l'absence des défaillans. — Si les parties étaient présentes, les reproches devaient être proposés à l'audience, avant l'audition des témoins; — Les reproches et les dépositions étaient simplement annotés sur le plumitif; — Et si le différend ne pouvait être jugé sur-le-champ, les pièces devaient rester sur le bureau, sans écritures ni mémoires, pour en être délibéré, et le jugement prononcé au premier jour d'audience.

» De ces deux formes d'Enquêtes, la première était évidemment trop lente, trop embarrassée pour qu'elle fût conservée dans la nouvelle forme de procédure introduite par la loi du 3 brumaire an 2. Mais la seconde, aussi simple qu'expéditive, n'a pas seulement été maintenue pour les matières sommaires, elle a été encore adoptée pour les causes de toute nature. C'est ce qui résulte de la loi du 7 fructidor an 3, dont les dispositions ne sont à peu près que la copie de celle du tit. 17 de l'ordonnance de 1667, sans compter le dernier article, qui abroge expressément toutes les lois qui y sont contraires, et par conséquent aussi le tit. 22 de la même ordonnance.

» Rien, en effet, rien de plus opposé, rien de moins conciliable que le tit. 22 de l'ordonnance de 1667 et la loi du 7 fructidor an 3.

» L'un veut, à peine de nullité, que les témoins soient entendus en secret et en l'absence des parties; — L'autre, qu'ils le soient à l'audience publique, les parties présentes ou dûment appelées.

» L'un exige, encore à peine de nullité, qu'il soit fait mention si le témoin est serviteur ou domestique de l'une des parties, s'il est son parent ou allié, et en quel degré; — L'autre est muette sur tous ces points; elle ne prescrit rien à cet égard, soit aux juges, soit aux greffiers.

» L'un veut, toujours à peine de nullité, que lecture soit faite au témoin de sa déposition, qu'il soit

Digitized by Google

interpellé de déclarer si elle contient vérité, et qu'en cas de réponse affirmative, il la signe, ou qu'il soit fait mention qu'il a déclaré ne savoir ecrire; — L'autre ne prescrit au greffier que de simples notes; et de simples notes ne sont de nature à être signées par qui que ce soit.

» L'un enfin ordonne des significations, détermine des délais, etc.; — L'autre interdit toute espèce de procedure, toute espèce d'acte entre l'audition publique des témoins et le jugement.

» Il est donc impossible de concilier le tit. 22 de l'ordonnance de 1667 avec la loi du 7 fructidor an 3; et la conséquence qui résulte nécessairement de là, c'est que la loi du 7 fructidor an 3, en abrogeant toutes les lois contraires à ses dispositions, a abrogé le tit. 22 de l'ordonnance de 1667.

» Cependant le tribunal civil du département de l'Indre a supposé dans son jugement du 13 floréal an 7, que les art. 14, 16 et 20 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667 étaient encore en vigueur; et partant de cette fausse supposition, il a annullé les Enquêtes faites les 7 germinal et 9 floréal an 6, à l'audience du tribunal civil de la Vienne, sous prétexte que dans les expéditions qui en étaient produites, il n'était fait mention ni de la déclaration de chaque temoin sur le point de savoir s'il était serviteur ou domestique, parent ou allié de l'une des parties, ni de la lecture qui avait dû lui être faite de sa déposition, après son achèvement, ni qu'il eût été interpellé de déclarer si elle contenait vérité et s'il y persistait.

» Bien évidemment, le tribunal de l'Indre a fait à ces Enquêtes l'application d'une loi qui n'existe plus; et il a violé la seule loi qui devait lui servir de guide pour les juger.

» Il s'est encore appuyé, pour les déclarer nulles, sur le prétendu défaut de prestation de serment par chaque témoin. Mais tout ce que prouve ce motif de son jugement, c'est qu'il n'a pas mis une grande attention dans la lecture des Enquêtes qu'il a annullées; car il y est dit en toutes lettres que les témoins ont déposé *sous la religion du serment*».

Sur ces observations, arrêt du 1er fructidor an 9, au rapport de M. Rousseau, par lequel, — « Vu la loi du 7 fructidor an 3, art. 1, 2 et 4; — Attendu que le procès-verbal de la tenue des notes des dépositions des témoins constate qu'ils ont tous fait leur déclaration sous la religion du serment préalable; qu'ils ont même fait une déclaration touchant leur parenté avec les parties; qu'il est fait mention si les témoins ont été reprochés ou non, et qu'ils ont été entendus en présence des parties; qu'il leur a été donné, en outre, connaissance du jugement du tribunal civil du département de la Haute-Vienne; ce qui prouve que les formalités dont la loi du 7 fructidor an 3 exige la consignation au procès-verbal, ont été plus que remplies;— Attendu que cette loi ne prescrit point que chaque témoin prêtera serment en particulier, qu'elle n'exige que la tenue de simples notes, et non un procès-verbal rapportant toutes les formalités qui étaient prescrites par l'ordonnance de 1667; que tout le contexte de la loi du 7 fructidor annonce qu'elle a déterminé un nouveau mode pour la tenue des Enquêtes, et qu'elle a derogé expressement par l'art. 4 à toute loi contraire; qu'il suit de là que les juges du tribunal civil du département de l'Indre, en appliquant les art. 14 et 16 de l'ordonnance de 1667, pour l'audition des témoins, ont contrevenu par cela même aux dispositions de la loi du 7 fructidor an 3; — Par ces motifs, le tribunal casse et annulle.... ».

La question s'est représentée depuis à la section des requêtes, dans une affaire où la demoiselle Castelly était demanderesse en cassation d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix qui avait confirmé un jugement du ci-devant tribunal civil du département du Var, rendu en faveur du sieur Allègre, sur une Enquête faite à l'audience. Voici ce que j'ai dit, en concluant sur cette affaire, le 7 floréal an 10:

« Pour quatrième moyen de cassation, la demoiselle Castelly expose que le tribunal d'appel d'Aix a maintenu la déposition du cit. Espitallier, quoiqu'en la faisant à l'audience, il n'eût point declare n'être pas *domestique* des parties. — A la vérité, dit-elle, le cit. Espitallier avait pris dans sa déposition, la qualité de *prêtre-vicaire de la paroisse de Solliès*, et il avait ajouté qu'il n'était *serviteur* d'aucune des deux parties. Mais, d'une part, la qualité de *domestique* n'a rien de commun avec celle de *serviteur*; on peut être *serviteur* sans être *domestique*, comme on peut être *domestique*, sans être *serviteur*; de l'autre, un prêtre, un vicaire, un curé même peut être domestique d'une partie, c'est-à-dire, demeurer dans sa maison et manger à sa table. Il y avait donc, dans la déposition du cit. Espitallier, contravention à l'art. 14 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, et par conséquent nullité aux termes de l'art. 20 du même titre.

» Pour répondre à ce moyen devant le tribunal d'appel d'Aix, le cit. Allègre disait, en invoquant l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2, que la demoiselle Castelly ne l'avait pas employé devant le premier juge, et qu'en plaidant sur le fond de la déposition du cit. Espitallier, elle en avait couvert l'irrégularité.

» Le tribunal d'appel d'Aix a écarté cette fin de non-recevoir, et il a très bien fait. — L'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2 ne parle que des nullités commises par les parties ou par les fonctionnaires publics agissant à leurs requêtes. On ne peut donc pas l'appliquer aux nullités commises par le fait d'un témoin, ou plutôt par celui d'un juge enquêteur; car c'est au juge enquêteur que l'ordonnance de 1667 impose l'obligation de faire mention dans la déposition de chaque témoin, s'il est serviteur ou domestique des parties. — Aussi a-t-on toujours jugé que les nullités d'Enquêtes peuvent être proposées même en cause d'appel et à la veille du jugement, quoiqu'elles ne l'aient pas été en première instance, et qu'en première instance on se

Digitized by Google

soit borné à des défenses au fond. Les nouveaux éditeurs de Denizart, au mot *Enquête*, §. 2, n. 11, en rapportent deux arrêts, l'un du parlement de Paris du 26 janvier 1745, l'autre du parlement de Rouen du 10 août 1752.

» Sur quoi s'est donc fondé le tribunal d'appel d'Aix pour maintenir la déposition du cit. Espitallier? Il s'est fondé uniquement sur ce que le cit. Espitallier était *témoin nécessaire*; et qu'en cette qualité, il aurait pu déposer, quand même il eût été *domestique*.

» Mais cette manière de juger ne résout nullement la difficulte. L'art. 14 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667 ne dit point que les domestiques ne pourront pas être entendus comme témoins; il veut seulement que lorsqu'ils sont entendus comme témoins, ils fassent connaître leur qualité, afin que le juge n'ait à leur déposition que les égards dus aux circonstances; et c'est en quoi les domestiques, ainsi que les serviteurs, diffèrent des parens et alliés jusqu'au degré de cousins issus de germains inclusivement, qui ne peuvent être produits en témoignage.

» Le tribunal d'appel d'Aix a donc laissé de côté la question qu'il avait à résoudre, pour en juger une dont la solution était inutile; et il reste que si l'art. 14 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667 fait encore loi, son jugement doit être cassé.

» Mais est-il encore nécessaire, à peine de nullité, que les témoins déclarent dans leurs dépositions, s'ils sont *serviteurs ou domestiques* des parties?

» Nous ne le pensons pas, et nous croyons pouvoir justifier cette opinion par deux considérations également décisives.

» La première, c'est que, par la loi du 7 fructidor an 3, toutes les Enquêtes qui se font actuellement dans les tribunaux, sont réduites à ce que l'ordonnance de 1667 appelle des *Enquêtes sommaires*.— Or, dans les Enquêtes sommaires, qui font la matière des art. 8 et 9 du tit. 17 de cette ordonnance, il n'est exigé rien de semblable à ce qui est prescrit pour les Enquêtes ordinaires par l'art. 14 du tit. 22.

» La seconde, c'est que, par l'art. 2 de la loi du 7 fructidor an 3, il est bien dit que le greffier tiendra note des *qualités* des témoins, mais qu'il n'y est pas dit qu'il fera mention des qualités que les témoins n'auront pas.— Que, d'après cet article, il soit nécessaire, lorsqu'un domestique dépose, de tenir note de sa qualité de domestique, c'est ce qui ne peut souffrir l'ombre d'un doute. Mais si un témoin n'est pas domestique, où est la nécessité de le dire? Non seulement l'article ne l'exige pas, mais même il en dispense, puisqu'il ne prescrit que la mention de la *qualité* effective de chaque témoin ».

J'ai conclu, par ces raisons, au rejet de la requête de la demoiselle Castelly; et ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 7 floréal an 10, au rapport de M. Bailly, « attendu, en ce qui concerne le défaut de déclaration par le témoin Espitallier, s'il était ou non domestique des parties, que cette déclaration n'est exigée que pour les Enquêtes en matière civile et ordinaire, par l'art. 14 du tit. 22 de l'ordonnance du mois d'avril 1667; et que la forme des Enquêtes, telle qu'elle a été généralement prescrite par la loi du 7 fructidor an 3, est celle des Enquêtes sommaires pour lesquelles l'ordonnance de 1667 n'a point exigé de semblables déclarations; que d'ailleurs la loi du 7 fructidor ne prescrit de tenir note que des qualités *positives* des témoins; d'où la conséquence que le cit. Espitallier n'étant pas domestique de l'une ni de l'autre des parties, il n'avait point de déclaration à en faire à l'audience en laquelle il a déposé publiquement ».

II. *Sous l'empire de la loi du 7 fructidor an 3, sur les Enquêtes, le défaut de présence du ministère public à l'audition des témoins, emportait-il nullité dans les affaires sujettes aux conclusions?*

Voici ce que j'ai dit sur cette question, dans la seconde des affaires rappelées au n°. précédent.

« Un autre moyen de cassation est tiré du défaut de présence du commissaire du gouvernement aux audiences où les témoins ont été entendus.

» La demoiselle Castelly trouve là une contravention à l'art. 1er de la loi du 7 fructidor an 3.

» Mais cet article ne dit pas que les officiers du ministère public seront presens aux Enquêtes: il dit seulement que *les témoins seront entendus à l'audience publique, en présence des parties intéressées*.

» Il est d'ailleurs reconnu, et cela résulte même de la loi du 23 vendémiaire an 4, concernant les récusations péremptoires, que des témoins peuvent être entendus devant un juge de paix commis à cet effet par le tribunal. (*V.* ci-après, n°. V.) Or, comment voudrait-on que la partie publique se déplaçât pour aller au loin assister à une Enquête qui se ferait devant un commissaire ainsi délégué?

» Et si l'on est forcé de convenir qu'en ce cas la présence du commissaire du gouvernement n'est pas nécessaire à l'Enquête, pourquoi voudrait-on qu'elle le fût lorsque les témoins déposent devant le tribunal même? »

Par ces raisons, j'ai conclu au rejet de la requête, et l'arrêt déjà cité, du 7 floréal an 10, l'a ainsi jugé, « attendu qu'aucune loi n'a exigé que le ministère public fût présent aux divers actes d'instruction; que dans l'espèce, les dépositions ont été écrites et lui ont été communiquées; et qu'il a été ouï lors des divers jugemens rendus entre les parties ».

III. *Sous l'empire de la loi du 7 fructidor an 3, était-il nécessaire, à peine de nullité, que le jugement définitif fût rendu par les mêmes juges qui avaient assisté à l'audition des témoins?*

Cette question est décidée par l'arrêt du 7 floréal an 10, dont il est parlé dans les n^os^. précédens. Il rejette la demande en cassation de la demoiselle Castelly, — « Attendu, sur le moyen pris de ce que le jugement a été rendu par des juges qui n'avaient pas assisté à l'audition des témoins, que cela n'était

Digitized by Google

défendu par aucune loi, et que c'était la suite inévitable du mouvement des sections entre lesquelles se divisait le service des tribunaux civils de département; qu'outre cela, c'était chose très indifférente en soi, puisque les dispositions étaient écrites et qu'elles ont été lues aux juges qui ont concouru au jugement du fond, intervenu le 14 messidor an 6 ».

IV. *Sous l'empire de la loi du 7 fructidor an 3, était-il nécessaire, à peine de nullité, que le jugement définitif fût rendu immédiatement après l'audition des témoins, ou du moins à l'audience suivante ?*

Dans l'affaire dont il est parlé dans les trois nos. précédens, la demoiselle Castelly tirait un moyen de cassation de ce que la cour d'appel d'Aix n'avait pas déclaré nul le jugement du tribunal de première instance, à raison de ce qu'il n'avait été rendu ni à l'audience où les témoins avaient été entendus, ni à la suivante.

« Un semblable moyen (ai-je dit) vous a été proposé à votre audience du 4 frimaire an 9, par les citoyens Vilain-Quatorze, de Gand, demandeurs en cassation d'un jugement du tribunal civil du département de l'Escaut, rendu en faveur du citoyen Timmerman. Voici ce que nous y avons répondu : — 1°. L'art. 3 de la loi du 7 fructidor an 3 ne dit pas qu'à défaut par les juges de prononcer avec la rapidité qu'il prescrit, le procès sera périmé; il serait même absurde qu'il poussât jusqu'à ce point la rigueur; la disposition n'est donc pour les juges qu'un règlement de discipline, dont il ne peut, en aucun cas, résulter une nullité. — 2°. Si le jugement n'a pas été rendu plutôt, c'est au moins autant aux demandeurs qu'à leur adversaire qu'on doit l'imputer; soit parcequ'ils n'ont pas fait de diligence pour faire venir la cause avant l'audience où elle a été jugée, soit parcequ'ils ont eux-mêmes fait, long-temps après l'audition des témoins, des procédures qui ont dû reculer cette audience, et qui sont relatées dans le jugement définitif.

» Ces deux observations s'appliquent, comme vous le voyez, avec la plus grande justesse à l'affaire qui vous est en ce moment soumise.

» Or, qu'avez-vous jugé le 14 frimaire an 9? Vous avez, au rapport du cit. Minier, rejeté la requête des cit. Vilain-Quatorze, et vous les avez condamnés à l'amende. Vous avez même motivé votre jugement sur ce que dans la marche suivie par le tribunal civil du département de l'Escaut, il avait été *suffisamment satisfait au vœu de la loi du 7 fructidor an* 3.

» C'est assez dire que vous rejetterez également le septième moyen de la demanderesse ».

Par ces raisons, j'ai conclu au rejet de la requête de la demoiselle Castelly; et ce rejet a été prononcé par l'arrêt du 7 floréal an 10, — « Attendu, en ce qui a rapport au temps qui s'est écoulé entre la confection de l'enquête et le jugement sur le fond, que la loi du 7 fructidor an 3 n'a point entendu réduire les tribunaux à l'impossible; que tout anuonce que la demanderesse en cassation aurait été la première à requérir que le jugement fût différé, si les juges s'étaient occupés du fond immédiatement après l'enquête; et qu'elle s'est fermé toute voie de réclamation à cet égard, lorsque, le 8 germinal an 6, sept mois après le parachèvement de l'enquête, elle a elle-même observé qu'il était impossible de plaider sur le fond, attendu que cette Enquête n'avait pas encore été produite, et qu'elle donnerait lieu à de longs débats : enfin, que les juges n'ont fait que ce qui leur était commandé par la prudence ainsi que par le vœu des parties, en choisissant une époque autre que celle de la fin de l'année judiciaire, pour faciliter aux parties une discussion plus approfondie, et pour mûrir d'autant plus facilement la decision qu'ils avaient à porter sur une matière qui sollicitait, de leur part, une attention particulière ».

V. *En exigeant que les témoins fussent entendus à l'audience du tribunal où la cause principale est pendante, la loi du 7 fructidor an 3 privait-elle les juges de la faculté de faire procéder aux enquêtes par des commissaires délégués à cet effet ?*

Proposer cette question, c'est demander, en d'autres termes, si la loi du 7 fructidor an 3 a abrogé les dispositions des lois antérieures, qui, dans les cas de maladie ou d'éloignement considérable des témoins, non seulement autorisaient, mais obligeaient même les juges de déléguer des commissaires sur les lieux pour recevoir leurs dépositions? — C'est demander si elle a dérogé notamment à l'art. 168 de l'ordonnance de Blois, portant que « s'il est besoin d'examiner quelques témoins hors des lieux de la demeure des juges, ils seront tenus, s'ils en sont requis, octroyer commission adressante aux officiers des lieux, sans qu'ils la puissent refuser »? — C'est demander si cette loi a entendu réduire à l'impossible les parties qui auraient à produire des témoins domiciliés outre mer ou retenus chez eux par maladie? — Assurément, on peut douter, même d'après son propre texte, que telle ait été l'intention de la loi du 7 fructidor an 3.

Mais le législateur a pris soin de déclarer lui-même qu'en effet elle n'avait pas été telle; et il l'a fait par l'art. 3 de la loi du 23 vendémiaire an 4, en permettant d'étendre la récusation péremptoire jusqu'au *commissaire délégué par un tribunal de commerce de terre ou de mer, ou par un tribunal civil de département, pour faire une enquête, diriger des expertises, ou dresser des procès-verbaux instructifs et préparatoires.*

On oppose à cette loi qu'elle n'abroge pas celle du 7 fructidor an 3. — Sans doute, elle ne l'abroge pas, mais elle l'interprète; elle manifeste l'esprit dans lequel celle-ci a été faite; elle prouve qu'on n'avait pas plus voulu, le 7 fructidor an 3 que le 3 brumaire an 2, ôter aux tribunaux la faculté, et encore moins les décharger de l'obligation, de déle-

Digitized by Google

guer en certains cas des commissaires sur les lieux, pour faire des enquêtes.

Qu'importe d'ailleurs que cette loi n'ait pas pour objet direct de maintenir ces sortes de délégations? Qu'importe, qu'à cet égard, elle ne *dispose* pas, et qu'elle se borne à *supposer*? — Une disposition purement hypothétique ne suffirait peut-être pas pour faire revivre la faculté de déléguer, si cette faculté eût été abolie expressément par la loi du 7 fructidor an 3. Mais la loi du 7 fructidor an 3 s'étant tue sur cette faculté, une loi postérieure a pu suppléer indirectement à son silence, comme elle a pu lever indirectement le doute qui en était résulté; et certainement une disposition hypothétique remplit cet objet tout aussi bien qu'aurait pu le faire une disposition directe et formelle.

Au surplus, la jurisprudence de la cour de cassation est bien fixée sur cette matière; et, entre plusieurs arrêts que j'en pourrais citer, je remarquerai celui du 22 nivose an 9, rendu à la section des requêtes, au rapport de M. Zangiacomi et conformément à mes conclusions.

Il s'agissait d'un jugement du tribunal civil du département de la Loire, du 27 thermidor an 7, dont les sieurs Beysson et consorts demandaient la cassation. Entre autres moyens, ils soutenaient que ce jugement était nul dans la forme, d'abord, parceque les témoins, sur les déclarations desquels il avait prononcé, n'avaient pas été entendus à l'audience par le tribunal entier, mais par un seul de ses membres délégués à cet effet; ensuite, parceque le greffier, au lieu de se borner à tenir de simples notes de leurs dépositions, les avaient écrites en totalité.

L'arrêt cité rejette la demande en cassation, — « Attendu, sur le second moyen, qu'un tribunal peut déléguer un de ses membres pour faire une enquête, et qu'aucune loi ne défend de fixer par écrit la déposition tout entière des témoins ».

VI. *La loi du 27 ventôse an 8, a-t-elle, en rétablissant les avoués dont la suppression avait été prononcée par celle du 3 brumaire an 2, fait revivre, pour les enquêtes, les formalités prescrites par l'ordonnance de 1667, et, dans les pays où cette ordonnance n'avait pas été publiée, par les lois particulières de ces pays?*

L'arrêté du gouvernement du 18 fructidor an 8 a posé sur cette question un principe qui bientôt a servi à la résoudre: — « Les consuls de la république (porte-t-il), considérant que, de la loi du 27 ventose dernier, qui rétablit les avoués et leur donne le droit de postuler et de conclure, il résulte que la loi qui avait supprimé les avoués et les procédures, est implicitement rapportée; que le droit de postuler est celui d'instruire les affaires et de les présenter aux tribunaux pour être jugées suivant les formes établies par les lois et réglemens; le conseil d'état entendu, arrêtent ce qui suit: — Jusqu'à ce qu'il ait été statué par une loi sur la simplification de la procédure, la loi du 20 mars 1791, relative aux attributions des avoués, celle du 6 mars 1791, qui fixe les émolumens des greffiers, avoués et huissiers, et qui ordonne que, par provision, les avoués suivront exactement la procédure établie par l'ordonnance de 1667 et réglemens postérieurs, seront exécutées ».

On a conclu avec raison de cet arrêté, qu'il avait été dans l'esprit de la loi du 27 ventose an 8, de rétablir, dans les enquêtes, les formalités prescrites par les lois antérieures à celles du 3 brumaire an 2. Mais comme la question souffrait encore de grandes et fréquentes difficultés, le gouvernement a cru devoir les faire cesser par un arrêté qu'il a pris en ces termes, le 4 pluviose an 11:

« Le gouvernement de la république, sur le rapport du grand juge ministre de la justice; vu les lois des 6 mars 1791, 3 brumaire an 2, 7 fructidor an 3, 27 ventose an 8, ensemble l'arrêté du 18 fructidor an 8; le conseil d'état entendu, arrête:

» *Art.* 1. Les enquêtes qui ont eu lieu depuis la publication du décret du 3 brumaire an 2, et sur le sort desquelles il n'a pas été définitivement prononcé, ne pourront être arguées de nullité, lorsqu'elles auront été faites, soit à l'audience, conformement au décret du 7 fructidor an 3, soit dans les formes prescrites par l'ordonnance de 1667 et réglemens postérieurs.

» 2. La loi du 27 ventose et l'arrêté du 18 fructidor an 8 seront exécutés. — En conséquence, et jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, les avoués suivront exactement, en ce qui concerne les Enquêtes, les dispositions de l'ordonnance de 1667 et réglemens postérieurs. »

§. IV. *Des Enquêtes suivant le Code de procédure civile.*

Le Code de procédure civile porte ses vues sur trois sortes d'Enquêtes: sur celles qui se font devant les juges de paix, sur celles qui se font dans les tribunaux ordinaires, sur celles qui se font dans les tribunaux de commerce.

I. *Des Enquêtes qui se font dans les justices de paix.* Voici quelles sont sur ces Enquêtes, les dispositions du Code de procédure civile:

« *Art.* 34. Si les parties sont contraires en faits de nature à être constatés par témoins, et dont le juge de paix trouve la vérification utile et admissible, il ordonnera la preuve et en fixera précisément l'objet.

» 35. Au jour indiqué, les témoins, après avoir dit leurs noms, profession, âge et demeure, feront le serment de dire vérité, et déclareront s'ils sont parens ou alliés des parties et à quel degré, et s'ils sont leurs serviteurs ou domestiques.

» 36. Ils seront entendus séparement, en presence des parties, si elles comparaissent; elles seront tenues de fournir leurs reproches avant la déposition, et de les signer: si elles ne le savent ou ne le peuvent, il en sera fait mention: les re-

Digitized by Google

proches ne pourront être reçus après la déposition commencée, qu'autant qu'ils seront justifiés par écrit.

» 37. Les parties n'interrompront point les témoins : après la deposition, le juge pourra, sur la réquisition des parties, et même d'office, faire aux témoins les interpellations convenables.

» 38. Dans tous les cas où la vue du lieu peut être utile pour l'intelligence des dépositions, et spécialement dans les actions pour deplacemens de bornes, usurpations de terres, arbres, haies, fossés ou autres clôtures, et pour entreprises sur les cours d'eau, le juge de paix se transportera, s'il le croit nécessaire, sur le lieu, et ordonnera que les témoins y seront entendus.

» 39. Dans les causes sujettes à l'appel, le greffier dressera procès-verbal de l'audition des témoins : cet acte contiendra leurs noms, âge, profession et demeure, leur serment de dire vérité, leur déclaration s'ils sont parens, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, et les reproches qui auraient été fournis contr'eux. Lecture de ce procès-verbal sera faite à chaque témoin pour la partie qui le concerne; il signera sa déposition, ou mention sera faite qu'il ne sait ou ne peut signer. Le procès-verbal sera en outre signé par le juge et le greffier. Il sera procédé immédiatement au jugement, ou au plus tard à la première audieuce.

» 40. Dans les causes de nature à être jugées en dernier ressort, il ne sera point dressé de procès-verbal; mais le jugement énoncera les noms, âge, profession et demeure des témoins, leur serment, leur déclaration s'ils sont parens, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches, et le résultat des dispositions ».

II. *Des Enquêtes qui se font dans les tribunaux ordinaires.* Le Code de procédure civile distingue à cet égard trois sortes d'Enquêtes : celles qui ont lieu dans les matières ordinaires, celles qui ont lieu dans les affaires de divorce, et celles qui ont lieu dans les matières sommaires. C'est aux premières que se rapportent les dispositions suivantes :

« *Art.* 252. Les faits dont une partie demandera à faire preuve, seront articulés succinctement par un simple acte de conclusion sans écriture ni requête. — Ils seront, également par un simple acte, déniés ou reconnus dans les trois jours, sinon ils pourront être tenus pour confessés ou avérés.

» 253. Si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle pourra être ordonnée.

» 254. Le tribunal pourra aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtront concluans, si la loi ne le défend pas.

» 255. Le jugement qui ordonnera la preuve, contiendra, 1°. Les faits à prouver; 2°. La nomination du juge devant qui l'Enquête sera faite. — Si les témoins sont trop éloignés, il pourra être ordonné que l'Enquête sera faite devant un juge commis par un tribunal désigné à cet effet.

» 256. La preuve contraire sera de droit : la preuve du demandeur et la preuve contraire seront commencées et terminées dans les délais fixés par les articles suivans.

» 257. Si l'Enquête est faite au même lieu où le jugement a été rendu, ou dans la distance de trois myriamètres, elle sera commencée dans la huitaine du jour de la signification à avoué; si le jugement est rendu contre une partie qui n'avait point d'avoué, le délai courra du jour de la signification à personne ou domicile : ces délais courent également contre celui qui a signifié le jugement; le tout à peine de nullité. — Si le jugement est susceptible d'opposition, le delai courra du jour de l'expiration des délais de l'opposition.

» 258. Si l'Enquête doit être faite à une plus grande distance, le jugement fixera le délai dans lequel elle sera commencée.

» 259. L'Enquête est censée commencée, pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heure par lui indiqués. — En conséquence, le juge commissaire ouvrira les procès-verbaux respectifs par la mention de la requisition et de la délivrance de son ordonnance.

» 260. Les témoins seront assignés à personne ou domicile : ceux domiciliés dans l'etendue de trois myriamètres du lieu où se fait l'Enquête, le seront au moins un jour avant l'audition; il sera ajouté un jour par trois myriamètres pour ceux domiciliés à une plus grande distance. Il sera donné copie à chaque témoin, de l'ordonnance du juge-commissaire; le tout à peine de nullité des dépositions des temoins envers lesquels les formalités ci-dessus n'auraient pas été observées.

» 261. La partie sera assignée pour être présente à l'Enquête, au domicile de son avoué, si elle en a constitué, sinon à son domicile; le tout trois jours au moins avant l'audition : les noms, professions et demeures des témoins à produire contre elle, lui seront notifiés; le tout à peine de nullité, comme ci-dessus.

» 262. Les témoins seront entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties. (1) — Chaque témoin, avant d'être entendu, déclarera ses noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou allié de l'une des parties, à quel degre, s'il est serviteur ou domestique de l'une d'elles; il fera serment de dire vérité, le tout à peine de nullité.

» 263. Les témoins défaillans seront condamnés par ordonnances du juge-commissaire qui seront exécutoires, nonobstant opposition ou appel, à une somme qui ne pourra être moindre de dix francs, au profit de la partie, à titre de dommages et intérêts; ils pourront de plus être condamnés par la même ordonnance, à une amende qui ne pourra

(1) Lart. 803 porte qu'en matière d'interdiction, le tribunal « pourra ordonner, si la circonstance l'exige, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur; mais (ajoute-t-il), dans ce cas, son conseil pourra le représenter ».

Digitized by Google

excéder la somme de cent francs. — Les témoins défaillans seront réassignés à leurs frais.

» 264. Si les témoins réassignés sont encore défaillans, ils seront condamnés, et par corps, à une amende de cent francs; le juge-commissaire pourra même decerner contre eux un mandat d'amener.

» 265. Si le temoin justifie qu'il n'a pu se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire le déchargera, après sa déposition, de l'amende et des frais de reassignation.

» 266. Si le témoin justifie qu'il est dans l'impossibilité de se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire lui accordera un délai suffisant, qui néanmoins ne pourra excéder celui fixé pour l'Enquête, ou se transportera pour recevoir sa déposition. Si le témoin est éloigné, le juge-commissaire renverra devant le président du tribunal du lieu, qui entendra le témoin ou commettra un juge. Le greffier de ce tribunal fera parvenir de suite la minute du procès-verbal au greffe du tribunal où le procès est pendant, sauf à lui à prendre exécutoire pour les frais, contre la partie à la requête de qui le témoin aura été entendu.

» 267. Si les témoins ne peuvent être entendus le même jour, le juge-commissaire remettra à jour et heure certains; et il ne sera donné nouvelle assignation ni aux témoins, ni à la partie, encore qu'elle n'ait pas comparu.

» 268. Nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé.

» 269. Les procès-verbaux d'Enquête contiendront la date des jour et heure, les comparutions ou défauts des parties et témoins, la représentation des assignations, les remises à autres jour et heure si elles sont ordonnées, à peine de nullité.

» 270. Les reproches seront proposés par la partie, ou par son avoué, avant la déposition du témoin, qui sera tenu de s'expliquer sur iceux: ils seront circonstanciés et pertinens, et non en termes vagues et généraux. Les reproches et les explications du témoin seront consignés dans le procès-verbal.

» 271. Le témoin déposera sans qu'il lui soit permis de lire aucun projet écrit. Sa déposition sera consignée sur le procès-verbal; elle lui sera lue, et il lui sera demandé s'il y persiste, le tout à peine de nullité: il lui sera demandé aussi s'il requiert taxe.

» 272. Lors de la lecture de sa déposition, le témoin pourra faire tels changemens et additions que bon lui semblera: ils seront écrits à la suite ou à la marge de sa déposition; il lui en sera donné lecture, ainsi que de la déposition, et mention en sera faite: le tout à peine de nullité.

» 273. Le juge-commissaire pourra, soit d'office, soit sur la réquisition des parties ou de l'une d'elles, faire au témoin les interpellations qu'il croira convenables pour éclaircir sa déposition: les réponses du témoin seront signées de lui, après lui avoir été lues, ou mention sera faite s'il ne veut ou ne peut signer. Elles seront également signées du juge et du greffier, le tout à peine de nullité.

» 274. La déposition du témoin, ainsi que les changemens et additions qu'il pourra y faire, seront signés par lui, le juge et le greffier; et si le témoin ne veut ou ne peut signer, il en sera fait mention: le tout à peine de nullité. Il sera fait mention de la taxe, s'il la requiert, on de son refus.

» 275. Les procès-verbaux feront mention de l'observation des formalités prescrites par les art. 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273 et 274 ci-dessus: ils seront signés, à la fin, par le juge et le greffier, et par les parties si elles le veulent ou le peuvent; en cas de refus, il en sera fait mention, le tout à peine de nullité.

» 276. La partie ne pourra ni interrompre le témoin dans sa déposition, ni lui faire aucune interpellation directe, mais sera tenue de s'adresser au juge-commissaire, à peine de 10 francs d'amende, et de plus lorte amende, même d'exclusion en cas de récidive, ce qui sera prononcé par le juge-commissaire. Ses ordonnances seront exécutoires nonobstant appel ou opposition.

» 277. Si le témoin requiert taxe, elle sera faite par le juge-commissaire, sur la copie de l'assignation, et elle vaudra exécutoire: le juge fera mention de la taxe sur son procès-verbal.

» 278. L'Enquête sera respectivement parachevée dans la huitaine de l'audition des premiers témoins, à peine de nullité, si le jugement qui l'a ordonnée n'a fixé un plus long délai.

» 279. Si néanmoins l'une des parties demande prorogation dans le délai fixé pour la confection de l'Enquête, le tribunal pourra l'accorder.

» 280. La prorogation sera demandée sur le procès-verbal du juge-commissaire, et ordonnée sur le referé qu'il en fera à l'audience, au jour indiqué par son procès-verbal, sans sommation ni avenir, si les parties ou leurs avoués ont été présens: il ne sera accordé qu'une seule prorogation, à peine de nullité.

» 281. La partie qui aura fait entendre plus de cinq témoins sur un même fait, ne pourra répéter les frais des autres dépositions.

» 282. Aucun reproche ne sera proposé après la déposition, s'il n'est justifié par écrit.

» 283. Pourront être reprochés, les parens ou alliés de l'une ou de l'autre des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, les parens et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfans vivans; en cas que le conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laisse de descendans, pourront être reprochés les parens et alliés en ligne directe, les freres, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs. — Pourront aussi être reprochés, le témoin héritier présomptif ou donataire, celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'Enquête; celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès; les serviteurs et domesti-

Digitized by Google

ques; le témoin en état d'accusation, celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol.

» 284. Le témoin reproché sera entendu dans sa déposition.

» 285. Pourront, les individus âgés de moins de quinze ans revolus être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel egard que de raison.

» 286. Le délai pour faire Enquête etant expiré, la partie la plus diligente fera signifier à avoué copie des procès-verbaux, et poursuivra l'audience sur un simple acte.

» 287. Il sera statué sommairement sur les reproches.

» 288. Si néanmoins le fond de la cause était en état, il pourra être prononcé sur le tout par un seul jugement.

» 289. Si les reproches proposés avant la déposition, ne sont justifiés par écrit, la partie sera tenue d'en offrir la preuve, et de désigner les témoins; autrement elle n'y sera plus reçue. Le tout sans préjudice des réparations, dommages et intérêts qui pourraient être dus au témoin reproché.

» 290. La preuve, s'il y échet, sera ordonnée par le tribunal, sauf la preuve contraire, et sera faite dans la forme ci-après réglée pour les Enquêtes sommaires. Aucun reproche ne ponrra y être proposé, s'il n'est justifié par écrit.

» 291. Si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne sera point lue.

» 292. L'Enquête ou la déposition déclarée nulle par la faute du juge-commissaire, sera recommencée à ses frais; les délais de la nouvelle Enquête ou de la nouvelle audition de témoins courront du jour de la signification du jugement qui l'aura ordonnée: la partie pourra faire entendre les mêmes témoins; et si quelques uns ne peuvent être entendus, les juges auront tel égard que de raison aux dépositions par eux faites dans la première Enquête.

» 293. L'Enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué, ou par celle de l'huissier, ne sera pas recommencée; mais la partie pourra en répéter les frais contre eux, même des dommages et intérêts, en cas de manifeste négligence, ce qui est laissé à l'arbitrage du juge.

» 294. La nullité d'une ou plusieurs dépositions n'entraîne pas celle de l'Enquête ».

Pour les affaires de divorce, l'art. 881 du Code de procédure civile renvoie au Code Napoléon.

Suivant l'art. 242 de celui-ci, le demandeur en divorce pour cause déterminée, doit, dès la première audience qui se tient à huis clos, nommer les témoins qu'il se propose de faire entendre.

L'art. 243 ajoute qu'à la même audience, le défendeur doit en faire autant de son côté, et que chacune des parties peut, dès ce moment, faire ses observations sur les témoins désignés par son adversaire.

Ce préliminaire rempli et la cause renvoyée à l'audience publique, voici comment il doit être procédé aux Enquêtes.

« *Art.* 249. Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les Enquêtes, le greffier du tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties proposent de faire entendre. Elles seront averties par le président, qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues.

» 250. Les parties proposeront de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter. Le tribunal statuera sur ces reproches, après avoir entendu le procureur impérial.

» 251. Les parens des parties, à l'exception de leurs enfans et descendans, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parens et des domestiques.

» 252. Tout jugement qui admettra une preuve testimoniale, dénommera les témoins qui seront entendus, et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter.

» 253. Les dépositions des témoins seront reçues par le tribunal séant à huit clos, en présence du procureur impérial, des parties, et de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté.

» 254. Les parties, par elles ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions.

» 255. Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquels elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'Enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties: les uns et les autres seront requis de le signer; et il sera fait mention de leur signature, ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer.

» 256. Après la clôture des deux Enquêtes ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renverra les parties à l'audience publique dont il indiquera le jour et l'heure; il ordonnera la communication de la procédure au procureur impérial, et commettra un rapporteur.... (1) ».

(1) Ces dispositions ont fait naître depuis peu trois questions intéressantes: — La première, si, en cas d'appel d'un jugement qui a rejeté une demande en divorce sans enquête préalable, il peut être procédé à l'enquête devant la cour saisie de cet appel; — La seconde, si dans l'appointement de contrariété que la cour d'appel rend à cet effet, peuvent entrer des faits postérieurs à la demande en divorce et articulés à l'appui de cette demande; — La troisième, si la partie qui n'a pas réclamé contre l'audition des témoins sur des faits non compris dans l'appointement de contrariété, est recevable à s'en plaindre. — La cour d'appel d'Amiens, devant laquelle ces questions se sont présentées entre la dame Lapourielle, appelante, et son mari, intimé, les a décidées, le 7 août 1806, au désavantage de celui-ci. Le sieur Lapourielle s'est pourvu en cassation, et

Digitized by Google

A l'égard des matières sommaires, voici quelles sont les regles tracées par le Code de procédure civile :

» *Art.* 407. S'il y a lieu à Enquête, le jugement qui l'ordonnera, contiendra les faits, sans qu'il soit besoin de les articuler préalablement, et fixera les jour et heure où les témoins seront entendus à l'audience.

» 408. Les témoins seront assignés au moins un jour avant celui de l'audition.

» 409. Si l'une des parties demande prorogation, l'incident sera jugé sur-le-champ.

» 410. Lorsque le jugement ne sera pas susceptible d'appel, il ne sera point dressé de procès-verbal de l'Enquête; il sera seulement fait mention, dans le jugement, des noms des témoins, et du résultat de leurs dépositions.

» 411. Si le jugement est susceptible d'appel, il sera dressé procès-verbal, qui contiendra les sermens des témoins, leur déclaration s'ils sont parens, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches qui auraient été formés contre eux, et le résultat de leurs dépositions.

» 412. Si les témoins sont éloignés ou empêchés, le tribunal pourra commettre le tribunal ou le juge de paix de leur résidence : dans ce cas, l'Enquête sera rédigée par écrit; il en sera dressé procès-verbal.

» 413. Seront observées en la confection des Enquêtes sommaires, les dispositions du titre 13, *des Enquêtes*, relatives aux formalités ci-après; — La copie aux témoins, du dispositif du jugement par lequel ils sont appelés; — Copie à la partie, des noms des témoins; — L'amende et les peines contre les témoins défaillans; — la prohibition d'entendre les conjoints des parties, les parens et alliés en ligne directe; — Les reproches par la partie présente, la manière de les juger, les interpellations aux témoins, la taxe; — Le nombre des témoins dont les voyages passent en taxe; — La faculté d'entendre les individus âgés de moins de quinze ans révolus ».

III. *Des Enquêtes qui se font devant les tribunaux de commerce.* Le Code de procédure civile ne contient sur ces Enquêtes qu'un seul article : c'est le 432e; voici comment il est conçu :

« Si le tribunal (de commerce) ordonne la preuve par témoins, il y sera procédé dans les formes ci-dessus prescrites pour les Enquêtes sommaires. Néanmoins, dans les causes sujettes à appel, les dépositions seront rédigées par écrit par le greffier et signées par le témoin; en cas de refus, il en sera fait mention.

V. *Déposition, Commissaire-Enquêteur, Information, Interdiction, Nullité, Preuve, Reproche, Témoin judiciaire*, etc.]]

* ENQUÊTE D'EXAMEN A FUTUR. On appelle ainsi une sorte d'Enquête qui avait lieu autrefois, et qui se faisait par avance, même sans qu'il y eût de procès commencé, lorsqu'on craignait le dépérissement de la preuve, soit que les témoins fussent vieux ou valétudinaires, soit qu'ils fussent sur le point de s'absenter.

Quand on voulait faire une Enquête de cette espèce, il fallait obtenir des lettres de chancellerie adressées au juge qui devait y procéder.

En vertu de son ordre, il fallait faire assigner les témoins, la partie appelée si le procès était déjà commencé, sinon il fallait que la demande fût formée par le demandeur, dans l'an de la confection de l'Enquête.

Elle n'avait lieu qu'en matière civile, et ne se pouvait faire ni en matière criminelle, ni en matière bénéficiale; et par l'ordonnance de 1667, elle a été abrogée, parcequ'on a vu qu'il était très dangereux que la preuve des faits fût reçue avant que la contestation fût formée, sans que la partie adverse pût en faire une au contraire.

D'ailleurs souvent ceux qu'on supposait moribonds, ou près d'entreprendre de longs voyages, vivaient long-temps ou demeuraient toujours dans leur pays; et cependant leur déposition faite en faveur de celui qui faisait l'Enquête, ne laissait pas de causer quelque prévention dans l'esprit des juges.

L'ordonnance du duc Léopold, du mois de novembre 1707, a pareillement abrogé pour la Lorraine les *Enquêtes d'examen à futur*, avant l'instance commencée; mais il les a autorisées après l'instance commencée, dans le cas où il y a danger que les preuves ne viennent à dépérir par la caducité, la maladie ou l'absence prochaine des témoins. (M. Guyot.) *

L'ordonnance de 1667 n'ayant point été enregistrée au parlement de Flandre, les Enquêtes à futur ont continué d'y avoir lieu. C'est par rapport au ressort de ce tribunal, que nous allons nous occuper de cette matière.

Le premier objet qu'elle présente à discuter est,

a soutenu que sur les trois points, elle avait violé la loi: mais par arrêt du 25 mai 1807, au rapport de M. Bailly, — « Considérant, sur le premier moyen, qu'aucun des articles invoqués du Code civil, n'a défendu d'admettre, quoique postérieurs à la plainte en divorce, des faits d'injures graves, qui d'ailleurs seraient pertinens; que loin de contenir une pareille défense, l'art. 252 veut que ce soit à l'audience à huis clos, postérieure à cette plainte, que le demandeur expose les motifs de sa demande et nomme ses témoins; — Sur le second moyen, considérant que les cours d'appel ont essentiellement le droit d'ordonner et de retenir le complément d'instruction qu'elles estiment nécessaire pour arriver à la décision des demandes en divorce, dont la connaissance leur a été dévolue par des appels légalement interjetés; — Sur le troisième moyen, considérant qu'à la vérité les trois faits qui lui servent de base, ne sont point énoncés dans l'arrêt d'appointement de contrariété du 19 juin; et que les sixième et septième témoins en ont parlé dans leurs dépositions : mais que ces témoins ont été produits par le sieur de Lapourielle, de même que par son épouse; — Que leurs dépositions, faites en présence du sieur Lapourielle, n'ont été l'objet d'aucune réclamation de sa part, en ce qu'elles portaient sur ces faits; et que loin de s'en plaindre, il a fait expliquer le sixième sur l'un de ces faits : de tout quoi il résulte qu'il est *non-recevable* à proposer la troisième ouverture de cassation; — La cour rejette.... ».

Digitized by Google

de savoir quelles personnes sont admises à demander une Enquête à futur; et là-dessus Barthole distingue trois cas.

Le premier est celui où la partie qui veut faire sa preuve avant que le juge l'ait ordonnée, est ou doit être demanderesse dans la cause principale : il faut, dit Barthole, distinguer encore : ou elle est en état d'agir sur-le-champ, ou elle ne le peut pas. — Dans la première hypothèse, elle ne doit être reçue à produire ses témoins avant l'appointement à faire preuve, qu'après avoir justifié du péril qu'il y aurait dans le retard, en ce que ceux qu'elle veut faire entendre, doivent s'absenter pour un long voyage, ou sont attaqués de maladie dangereuse. Si au contraire le demandeur ne peut pas agir sur-le-champ, soit que la condition sous laquelle on s'est obligé envers lui ne soit pas encore arrivée, soit pour toute autre cause, il dépend de la prudence du juge d'admettre ou de rejeter la production anticipée des témoins valétudinaires ou prêts à s'absenter.

Le second cas est celui où la partie qui demande à faire une Enquête à futur, est ou doit être défenderesse dans la cause principale : — sa demande doit lui être accordée sans la moindre difficulté, surtout si la cause n'est pas encore entamée, parcequ'autrement le demandeur pourrait, en différant long-temps d'agir, lui ôter tous les moyens de faire sa preuve.

Il en est de même dans le troisième cas, qui est celui où la demande à fin d'Enquête à futur, est formée par une partie qui doit jouer dans la cause le double rôle de demandeur et de défendeur.

A quel juge faut-il s'adresser pour obtenir la permission de faire une Enquête à futur? La règle générale est de lever à la chancellerie du parlement, des lettres dont le *commit timus* est au juge saisi de la contestation, ou qui devra en connaître lors qu'elle sera intentée. — Les chartes générales du Hainaut en disposent un peu autrement : elles distinguent le cas où la cause est entamée au moment où se forme la demande à fin d'Enquête à futur, d'avec celui où elle ne l'est pas encore. Dans le premier cas, elles veulent qu'on s'adresse au juge devant lequel la cause s'instruit et qui doit la décider. Dans le second cas, elles ordonnent de présenter requête à cet effet à la cour souveraine de Mons, représentée dans le Hainaut français par les juges royaux, chacun dans son ressort. C'est ce que prescrivent les art. 1 et 2 du chap. 57.

Les formalités des Enquêtes à futur sont à peu près les mêmes que celles des Enquêtes ordinaires. Les témoins ne peuvent déposer qu'en conséquence d'une assignation, et la partie doit être ajournée pour les voir jurer. Lorsque l'Enquête est achevée, le juge doit la tenir close et cachetée jusqu'à ce qu'il soit intervenu, dans le cours de l'instruction de la cause principale, une ordonnance portant permission d'ouvrir et de publier les Enquêtes.

Les témoins qui ont déposé dans une Enquête à futur, doivent être récollés et entendus de nouveau dans l'Enquête principale, à peine de nullité de leurs premières dépositions : mais s'ils étaient morts ou absens, leurs dépositions subsisteraient et feraient foi. C'est ce que porte l'art. 3 du chap. 57 des chartes générales du Hainaut, et telle est la pratique de tous les tribunaux où ces sortes d'Enquêtes sont en usage. (*V.* Voët, en son Commentaire sur le Digeste, liv. 22, tit. 3, n. 11).

Deghewiet, dans ses *Institutions au droit belgique*, propose la question de savoir si, dans une affaire instruite sur la provision, avant un appointement à faire preuve, le juge doit avoir égard à une Enquête à futur que l'une des parties a fait tenir auparavant. Il répond que les officiers de la gouvernance de Lille ont jugé pour la négative par sentence du mois d'août 1726. On trouve dans le Code du président Favre, un arrêt du sénat de Chambéry, du 21 juin 1594, qui a décidé la même chose, sur le fondement, dit l'arrêtiste, que les Enquêtes à futur étant toujours tenues secrètes jusqu'au jugement d'admission à faire preuve, la partie adverse en ignore entièrement le contenu; et que dès-lors, y ajouter foi au préjudice de cette partie, ce serait contrevenir à la règle qui défend aux juges d'avoir égard à des pièces non communiquées.

Boniface, tome 1, liv. 1, tit. 36, dit « qu'on a demandé à l'audience de la grand'chambre du parlement de Provence, du 9 décembre 1661, si une Enquête d'examen à futur, qui est permise quand les témoins sont valétudinaires, peut être faite après contestation en cause »; et il ajoute que par arrêt du même jour, l'Enquête fut cassée, conformément à la doctrine de Mornac sur la loi 40, D. *ad legem Aquiliam*.

On a demandé si, dans une Enquête à futur, on peut faire interroger sa partie sur faits et articles, ou, comme on parle en Flandre, la forcer de répondre par *credit vel non*. Le grand conseil de Malines a jugé qu'on ne le pouvait pas, et cela par arrêt du mois de juin 1585, rapporté dans le Recueil de M. Cuvelier.

C'est une question si les dépens d'une Enquête par turbes doivent passer en taxe à la charge de la partie condamnée. — Papon, titre *des Dépens*, art. 11 et 23, rapporte deux arrêts, par lesquels il a été jugé que les Enquêtes à futur, tenues avant que le procès soit entamé, ne doivent pas entrer en taxe; mais que celles qui se font pendant l'instruction, doivent y entrer. Telle est aussi la règle établie par l'art. 5 du chap. 57 des chartes générales du Hainaut. — Mais le grand conseil de Malines a arrêté, le 17 février 1622, qu'on taxerait indistinctement ces sortes d'Enquêtes, soit qu'elles fussent tenues avant ou pendant le procès.

Il s'est élevé sur cette matière une contestation qui a donné lieu au parlement de Flandre de faire là-dessus un règlement général. Le sieur Lamelin prétendait une servitude sur un héritage appartenant au sieur du Verger, et il en avait formé la demande par requête du 15 novembre 1715. Le sieur du Verger voyant qu'un des témoins les plus importans pour sa défense, était dangereusement malade, l'avait fait entendre en vertu d'une commission

d'Enquête à futur. Depuis, le sieur Lamelin avait passé un arrêt qui le déboutait de sa demande et le condamnait aux dépens. Il fut alors question de savoir si, dans la taxe des dépens, on devait faire entrer les frais de l'Enquête à futur. Le sieur Lamelin soutenait la négative, sur le fondement que son adversaire n'avait fait cette Enquête que par une précaution extraordinaire et surabondante, que par conséquent il devait en supporter les frais, de même que celui qui voudrait s'assurer d'une dette non échue par une saisie conservatoire, serait obligé de le faire à ses dépens, quelque plausibles que fussent ses raisons: mais le parlement de Flandre, les chambres assemblées, a rendu, le 14 mai 1714, un arrêt qui condamne le sieur Lamelin à payer les frais de l'Enquête à futur; « et pour faire une règle générale sur cette matière, ordonne que les frais des Enquêtes à futur, faites par les parties depuis le procès intenté, seront toujours taxées à la charge de la partie condamnée, même ceux des Enquêtes faites avant le procès à la requête d'un défendeur; à moins que, pour les circonstances du cas particulier, on ne trouve à propos d'en juger autrement, comme lorsque la déposition du témoin entendu paraît absolument inutile à la décision du procès ».

[[Toutes ces règles et celles qui, avant le 1er janvier 1807, avaient lieu sur cette matière dans la ci-devant Lorraine, sont abrogées par l'art. 1041 du Code de procédure civile.]]

* ENQUÊTE D'OFFICE. On appelle ainsi une information que le juge ordonne et fait de son propre mouvement et sans y être provoqué par personne, pour instruire sa religion sur certains faits qui ont rapport à quelqu'affaire dont la connaissance lui appartient. Quoique ces sortes d'Enquêtes se fassent à la requête du ministère public, on ne laisse pas de les appeler toujours *Enquêtes d'office*, pour dire qu'il n'y a point de partie privée qui les ait demandées.

Il y a des formalités prescrites pour les Enquêtes ordinaires, qui paraissent inutiles pour les Enquêtes d'office, quoique l'ordonnance ne le dise point; par exemple, on ne peut pas assigner la partie pour voir prêter serment aux témoins, n'y ayant point de contradicteur dans ces sortes d'Enquêtes.

L'ordonnance de 1667, tit. 22, art. 24, fait mention de ces sortes d'Enquêtes, et ordonne qu'elles seront seulement délivrées à la partie publique qui les aura fait faire. *V. Information de vie et mœurs.* (M. Guyot.) *

* ENQUÊTE PAR TURBES. On appelle ainsi une espèce d'information que les cours souveraines ordonnaient autrefois, lorsqu'en jugeant un procès, il se trouvait de la difficulté, soit sur une coutume non écrite, soit sur la manière d'en user pour celle qui était rédigée par écrit, ou sur le style d'une juridiction, ou enfin concernant des limites ou une longue possession, ou sur quelqu'autre point de fait important.

Cette dénomination d'*Enquêtes par turbes* vient de ce que les dépositions se faisaient toutes ensemble, et non l'une après l'autre, comme il se pratique dans les Enquêtes ordinaires.

Ces sortes d'Enquêtes ne pouvaient être ordonnées que par les cours souveraines; les présidiaux même n'en pouvaient pas ordonner.

La cour ordonnait qu'un conseiller se transporterait dans la juridiction principale de la coutume ou du lieu.

Le commissaire y faisait assembler, en vertu de l'arrêt, les avocats, procureurs et praticiens du bailliage; il leur donnait les faits et articles; et les turbiers, après être convenus de leurs réponses, envoyaient au commissaire leur avis ou déclaration par un député d'entr'eux.

Chaque turbe devait être composée au moins de dix témoins; et il fallait au moins deux turbes pour établir un fait, chaque turbe n'étant comptée que pour un témoin.

Ces Enquêtes occasionnaient de grands frais; elles étaient souvent inutiles, à cause de la diversité des opinions, et toujours dangereuses, à cause des factions qui s'y pratiquaient; c'est pourquoi elles ont été abrogées par l'ordonnance de 1667 (M. Guyot.)»

L'ordonnance de 1667 n'ayant point été enregistrée au parlement de Flandre, le ressort de cette cour est la seule partie du royaume où les Enquêtes par turbes soient encore pratiquées. Ce que nous allons en dire ne peut concerner que ce tribunal et les sièges inférieurs qui en dépendent.

C'est une question importante de savoir si le droit d'ordonner une Enquête par turbes appartient exclusivement aux cours souveraines, ou si elles le le partagent avec les juridictions subalternes. M. Le Prêtre dit en propres termes, que messieurs des requêtes ne peuvent ordonner qu'il soit informé par turbes, *quia ejus est interpretari cujus est condere*, qui est la cour seule qui homologue les coutumes ». Brodeau sur Loüet soutient également que les Enquêtes par turbes sont de la compétence exclusive des parlemens, d'autant, dit-il, que cela va à un règlement général qui n'appartient qu'à la cour ». Coquille en ses *Institutions au droit français*, et Dumées en son *Traité des juridictions*, tiennent absolument le même langage, et leur avis a été confirmé par plusieurs arrêts. — Il y en a un du 7 mars 1510, inséré dans le procès-verbal de la coutume d'Auvergne; un autre du 5 avril 1541, prononcé en robes rouges et rapporté par Coquille à l'endroit cité. Conart, sur l'art. 12 de la coutume de Chartres, en rapporte un troisième du 2 mars 1604, portant défenses au bailli de Chartres et à tous autres juges, d'interpréter les coutumes par la voie des Enquêtes par turbes. Brodeau nous en a conservé un quatrième du 25 mai 1609, qui contient les mêmes défenses. Chopin, sur la coutume d'Anjou, *de communibus consuetudinum præceptis*, fait mention d'un cinquième intervenu le 8 juin 1577, contre le bailliage d'Amiens. On en trouve un sixième dans le *Traité des juridictions* de Dumées; il a été rendu au parlement de Flandre le 24 janvier 1745, au rapport de M. de Francqueville.

Digitized by Google

Le Journal du palais nous en offre un du parlement de Metz, en date du 13 décembre 1672, qui paraît au premier abord contraire à ceux que nous venons de citer. Il s'agissait de la succession mobilière de la fille Midou, décédée dans le comté de Vaudemont, où elle avait son domicile. Anne Henriquel, cousine germaine de la défunte, prétendait exclure le père, en vertu d'un usage introduit depuis un temps immémorial dans le comté de Vaudemont. Le bailli du lieu ordonna une Enquête par turbes, et d'après la déposition uniforme de tous les témoins qui y furent entendus, adjugea la succession à la cousine germaine. Le père en appela au parlement de Metz, et soutint que l'usage sur lequel se fondait son adversaire, ne pouvait être regardé comme prouvé par l'Enquête faite de l'autorité du premier juge, parceque, disait-il, en citant Brodeau et les arrêts qu'il rapporte, les cours souveraines sont seules compétentes pour ordonner des Enquêtes par turbes. Malgré ces raisons, l'arrêt a mis sur l'appel les parties hors de cour et de procès.

Mais pour peu que l'on fasse attention à la forme et aux circonstances de cet arrêt, on sentira qu'il n'est nullement contraire aux six autres qu'on a rapportés plus haut.— D'abord il ne fait que mettre les parties hors de cour, c'est-à-dire que les juges n'ont pas voulu prononcer directement sur la validité ou nullité de l'Enquête dont il était question. — En second lieu, l'usage que la cousine germaine alléguait en sa faveur, était d'autant moins suspect, qu'il était conforme à une disposition de la coutume générale de Lorraine, dans laquelle est enclave le comté de Vaudemont; il paraissait, à la vérité, combattu par un article de la coutume de Vaudemont même, mais cette coutume n'avait jamais été homologuée; tous les manuscrits qu'on en rapportait, avaient pour titre: *projets des coutumes générales de Vaudemont*, et il était prouvé que plusieurs des dispositions qui y étaient écrites, n'avaient jamais reçu la moindre exécution. Il y a plus : l'article même de ce projet de coutume dont se prévalait le père, déposait contre lui; car il était conçu en forme de remontrance, et conséquemment supposait l'existence de l'usage dont il était question. — On pouvait donc, dans cette espèce, regarder cet usage comme certain et constant, même indépendamment de l'Enquête par turbes que le premier juge avait ordonnée; et d'après cela, il n'est pas étonnant que le parlement de Metz n'ait pas annullé cette Enquête.

Le défenseur de la cousine germaine faisait, pour en soutenir la validité, une distinction qui ne nous paraît pas fort judicieuse. « Il est vrai (disait-il) qu'il n'appartient pas aux premiers juges d'ordonner une Enquête par turbes pour l'explication d'un article de coutume qui est déjà rédigée et qui s'observe, parcequ'il n'est permis d'interpréter une loi qu'à ceux qui l'ont établie : mais ils peuvent, quand il n'y a point de coutume, ordonner une Enquête par turbes pour savoir l'usage, et c'est ainsi que le châtelet de Paris en a toujours usé dans ces occasions ». — Pourquoi cette différence entre le cas où il existe une coutume homologuée d'avec celui où il n'en existe pas? S'il s'agit dans le premier, de fixer l'esprit et d'assurer l'interprétation d'un usage rédigé par écrit, il s'agit, dans le second, de constater l'existence d'un usage qui n'est attesté par aucun monument public. Or, faut-il moins d'autorité pour juger si une loi existe que pour déterminer la manière dont elle est entendue dans la pratique? Si donc les juges subalternes sont incompétens pour ordonner une Enquête par turbes concernant l'interprétation d'une coutume obscure, mais écrite, comment auraient-ils le pouvoir d'en ordonner une à l'effet de s'assurer d'un usage qui n'est incertain que parcequ'il n'est pas écrit?

Nous avons dit que dans les Enquêtes dont il s'agit ici, chaque turbe doit être composée de dix témoins. Le sénat de Chambery l'a ainsi jugé par arrêt du 31 juillet 1591, et tel est l'usage général de tous les tribunaux. Ce qui paraît fondé sur la définition que la loi 4, §. 2, D. *vi bonorum raptorum*, nous donne du mot *turba*. Voici comme elle s'explique : *Turbam autem appellatam Labeo ait ex genere tumultûs. Turbam autem ex quo numero admittimus? Si duo rixam commiserint, utique non accipimus in turbâ id factum : quia duo turba non propriè dicuntur. Enim verò si plures fuerint, putà decem aut quindecim homines, turbà dicetur. Quid ergò si sint tres aut quatuor? Turba utique non erit.* C'est aussi d'après cette loi que le parlement de Paris a ordonné par desarrêts des 5 mars 1533 et 23 août 1552, que les certifications de criées se feraient toujours par dix praticiens assemblés en turbe.

On voit par-là combien les tribunaux se sont éloignés de la doctrine d'une foule d'interprètes, tels que Barthole, Balde, Augelus, Alexandre, Cynus, qui tous enseignent que deux témoins suffisent pour la preuve d'une coutume. On s'en est cependant rapproché en un sens, puisqu'en ne comptant une turbe que pour un témoin, on a établi qu'il en faudrait toujours deux pour constater l'existence d'un usage quelconque.

Quoiqu'une turbe ne puisse être composée de moins que de dix personnes, elle peut l'être d'un plus grand nombre, suivant ce passage de la loi qu'on vient de citer, *si plures fuerint, putà decem aut QUINDECIM homines, turba dicetur.* Il ne faut cependant pas étendre cela trop loin, car il y aurait bien des inconvéniens à permettre aux plaideurs de produire autant de témoins qu'ils le voudraient. Rebuffe établit à ce sujet qu'une turbe ne peut excéder le nombre de trente personnes, et qu'une Enquête ne peut contenir plus de trois turbes.

Il n'arrive que trop souvent, comme on l'a déjà dit, que les juges ne trouvent dans ces sortes d'Enquêtes aucune espèce d'éclaircissement sur les points qui en sont l'objet. Les turbiers n'ont pas toujours une connaissance exacte de la question sur laquelle ils déposent; quelquefois ils cherchent, pour favoriser une des parties, à répandre des nuages sur les vérités les plus claires; et très souvent ils se con-

Digitized by Google

trarient les uns les autres. Dans ces circonstances, le juge n'a d'autre parti à prendre que de conformer sa décision aux principes généraux du droit commun, sans avoir égard à l'usage qu'on fait valoir dans la cause; on s'il croit pouvoir encore tirer quelque lumière de certains avocats ou praticiens que les parties n'ont pas fait entendre, il doit les interroger d'office, et même, s'il est possible, à l'insçu des parties, afin que celles-ci ne puissent employer ni brigues ni sollicitations pour les engager à répondre en leur faveur : et dans ce dernier cas, le juge ne doit avoir aucun égard aux turbiers entendus à la requête des parties, ni faire aucune recherche sur les circonstances qui pourraient altérer la foi de leurs depositions. C'est ce qu'a jugé un arrêt du sénat de Chambéry du 9 août 1593, rapporté par le président Favre en son Code.

On a demandé si l'on pouvait faire une Enquête par turbes à futur, c'est-à-dire, avant le jugement d'admission à preuve. Chopin, à l'endroit cité, incline assez pour l'affirmative; mais il remarque que la question s'étant présentée au parlement de Paris, il intervint d'abord un arrêt du 26 janvier 1558, qui appointa les parties en conseil; et que par l'arrêt définitif rendu environ six ans après, la commission d'Enquête à futur dont il y avait appel, fut déclarée nulle et prématurée.

Il n'est pas inutile de remarquer qu'avant l'ordonnance de 1667, le parlement de Paris ne prononçait jamais à l'audience les arrêts d'admission à preuve par turbes. C'est ce qui résulte d'un arrêt du 11 août 1634, lors duquel M. l'avocat général Bignon a dit que l'usage allégué par l'une des parties étant décisif pour la cause, il était nécessaire de le vérifier; mais que la cour n'ordonnant jamais d'Enquête par turbes à l'audience, il y avait lieu d'appointer au conseil, pour ensuite ordonner l'Enquête sur le bureau. L'arrêt cité a suivi cette marche, comme on peut le voir dans Bardet qui le rapporte.

[[L'art. 1041 du Code de procédure civile abroge tous les règlemens et usages antérieurs en matière de procédure. L'usage des Enquêtes par turbes est donc aboli dans le ci-devant ressort du parlement de Douai, comme dans les autres parties de la France.]]

V. la préface du *commentaire de Brodeau sur la coutume de Paris*; les arrêts de Papon, liv. 9, tit. 1, art. 20; les décisions de Christin; et et les mots *Autorités, Coutume, Usage* et *Notoriété*.

* ENQUÊTES (chambre des). On appelle ainsi les chambres d'un parlement où l'on juge les procès par écrit, c'est-à-dire, ceux qui ont déjà été appointés en droit à écrire, produire, contredire et sauver devant les premiers juges, à la différence des causes qui ont été jugées à l'audience, en première instance, dont l'appel se porte à la grand'chambre.

Le nom de *chambre des Enquêtes* vient de ce qu'anciennement, au parlement de Paris, lorsqu'on avait ordonné la preuve de quelque fait, soit par titres ou par témoins, les pièces qui étaient représentées, et les Enquêtes qui avaient été faites sur les lieux par les baillis et sénéchaux, étaient apportées au parlement, qui les renvoyait devant des commissaires pour les examiner. On envoyait aussi quelquefois sur les lieux des commissaires du parlement pour faire les Enquêtes, lorsque, par quelque raison particulière, elles ne pouvaient être faites par les baillis et sénéchaux.

Les anciens arrêts du parlement de Paris, qui sont dits avoir été rendus *ès Enquêtes du parlement*, étaient ceux qui intervenaient sur les matières de fait dont on devait faire preuve. Les registres *olim*, qui commencent en 1252, contiennent plusieurs de ces arrêts rendus *ès Enquêtes du parlement*. Le troisième de ces registres *olim*, commençant en 1299, et finissant en 1318, est un registre particulier pour les Enquêtes faites par les baillis et sénéchaux, et qui les avaient renvoyées au parlement.

Il y a apparence que les baillis et sénéchaux qui avaient fait ces Enquêtes, les rapportaient au parlement, ou du moins que, les ayant envoyées, elles y étaient rapportées devant des commissaires détachés de la grand'chambre, qui s'assemblaient hors de cette chambre, pour faire l'examen et le *jugé* des Enquêtes; *jugé* qui se rapportait ensuite à la grand'chambre pour prendre force d'arrêt, être prononcé, scellé et couché dans le registre. Ce fut là le commencement de l'institution de la chambre des Enquêtes.

Mais peu de temps après, au lieu de faire faire les Enquêtes et le rapport par les baillis des lieux, on commit des conseillers pour faire les Enquêtes et pour en faire le rapport, et d'autres pour les juger. Les commissaires furent donc distingués en deux classes; les uns furent appelés les *jugeurs* des Enquêtes ou *regardeurs* des Enquêtes, parcequ'on leur donna le pouvoir de juger les questions de fait : les autres furent nommés *enquêteurs* ou *rapporteurs* d'Enquêtes, parcequ'ils faisaient les Enquêtes sur les lieux, ou les recevaient et faisaient le rapport des preuves en général; et alors on leur assigna une chambre particulière pour s'assembler, qu'on appela *les Enquêtes*, c'est-à-dire, la chambre des Enquêtes. Les procès par écrit étaient tous compris alors sous ce terme d'*Enquêtes*. Les anciens registres du parlement qui contiennent les arrêts rendus sur ces sortes d'affaires, sont intitulés les *jugés des Enquêtes*.

L'ordonnance de Philippe-le-Bel, datée de trois semaines après la Toussaint de l'année 1291, portait que, pour entendre et juger les Enquêtes, il y aurait huit membres du conseil du roi qui ne seraient point baillis, lesquels se partageraient chaque semaine; savoir, quatre le lundi et le mardi, et les quatre autres le mercredi et le jeudi : que, s'il y en avait quelqu'un qui ne pût venir, il suffirait qu'ils fussent deux ou trois; que ceux qui seraient commis pour voir les Enquêtes, les liraient exactement chez eux, et ne viendraient à la chambre des plaids que quand ils y seraient mandés.

Digitized by Google

Ces Enquêtes devaient, suivant l'ordonnance de 23 mars 1302, être jugées au plus tard dans deux ans.

Dutillet rapporte un etat du parlement, fait au mois de juillet 1316, dans lequel, après la liste de ceux qui devaient composer la grand'chambre, on trouve celle des *jugeurs* des Enquêtes, au nombre de huit.

Les affaires se multipliant de jour en jour, Philippe V, dit le Long, ordonna, le 3 décembre 1319, qu'il y aurait aux Enquêtes deux chambres; une pour délivrer toutes les Enquêtes du temps passé; l'autre pour délivrer celles qui se feraient à l'avenir; et que dans ces deux chambres il y aurait en tout huit clercs et huit laïcs *jugeurs*, et vingt-quatre *rapporteurs*.

Il paraît qu'on ne montait point alors des Enquêtes à la grand'chambre : c'est ce qui résulte des provisions de conseillers pour la grand'chambre, et de conseillers pour les Enquêtes, qui sont rapportées dans les registres du dépôt, notamment dans le troisième, de 1335, fol. 88, 163, 165, 169, 172; dans le quatrième, fol. 82; dans le cinquième, fol. 6; et dans le septième, fol. 1.

Quoique les gens des Enquêtes fussent devenus *jugeurs*, on ne laissait pas de les envoyer en commission pour faire des Enquêtes comme autrefois, lorsqu'il y avait lieu; mais ce n'était qu'à la fin du parlement, et il fallait qu'ils fussent de retour au commencement du parlement suivant.

En 1446, sous Charles VII, il y avait deux chambres des Enquêtes au parlement de Paris; François Ier en créa successivement une troisième et une quatrième; et Charles IX en créa une cinquième par édit du mois de juillet 1568.

De ces cinq chambres des Enquêtes, il n'en subsiste actuellement que trois, comme on le voit par l'art. 8 de l'édit du mois de novembre 1774, enregistré au lit de justice tenu au parlement de Paris le 12 de ce mois.

Il y a dans chacune de ces chambres deux présidens nommés par le roi et choisis parmi les conseillers. Ces présidens prennent seulement le titre de *président de telle chambre des Enquêtes*, à la différence des présidens à mortier qui peuvent seuls prendre le titre de *présidens du parlement*. (M. Guyot.)

[[Les cours d'appel qui sont aujourd'hui subrogées aux parlemens, n'ont point de *chambre des Enquêtes*. *V. Cour d'Appel.*]]

ENQUÊTEUR. *V. Commissaire-Enquêteur.*

* ENREGISTREMENT. Ce mot, dans le sens grammatical, signifie la transcription ou l'inscription d'une pièce ou acte quelconque sur un registre. [[Il y a un grand nombre d'actes qui doivent être inscrits ou transcrits de cette manière.]]

1°. L'ordonnance du commerce du mois de mars 1673 oblige les marchands et negocians, banquiers et agens de change, d'avoir des livres ou registres et d'y faire l'Enregistrement de tout leur négoce, de leurs lettres de change, dettes actives et passives. — [[Telle est aussi la disposition du Code de commerce. *V. Livre.*]]

2°. On fait l'Enregistrement des naissances, mariages, sépultures [[adoptions et divorces]], en inscrivant ces actes sur des registres publics destinés à cet effet. [[*V. Etat civil.*]]

3°. Suivant l'edit du mois de mars 1693, les actes sujets au contrôle doivent être enregistrés par extrait contenant la qualité de l'acte, le prix y énoncé, lorsqu'il y en a un, et les conditions principales; le nom des parties contractantes, leur demeure, la date de l'acte, le nom et la demeure du notaire qui l'a reçu, et le nombre des feuillets que les commis sont tenus de parapher par premier et dernier. — Les actes sujets à l'insinuation doivent pareillement être enregistrés par extrait, conformément à l'art. 3 de l'édit du mois de décembre 1703; mais cet extrait doit être plus circonstancié que celui du contrôle, et ne rien laisser à désirer; les donations entre-vifs doivent même être enregistrées en entier sur le registre particulier destiné à l'insinuation de ces donations. — [[Le contrôle et l'insinuation fiscale ont été supprimés par la loi du 5 décembre 1790. *V. Enregistrement (droit d')*, *Donation*, sect. 6, *Inscription hypothécaire* et *Transcription.*]]

3°. On enregistre aussi les saisies réelles, les substitutions, les séparations de biens, les actes de société pour fait de commerce, etc. [[*V. Saisie immobilière*, *Séparation de biens*, *Société* et *Substitution fidéicommissaire.*]]

4°. Les lettres de propriété des bâtimens de mer et de la jauge des navires doivent être enregistrées dans les sièges d'amirauté. On a vu à l'article *Congé* (marine), ce que règle là-dessus l'ordonnance du 1er mars 1716; et voici ce qu'y ajoute l'arrêt du conseil du 21 février 1772 :

« *Art.* 1. Tout propriétaire d'un bâtiment nouvellement construit ou acquis dans un port du royaume, sera tenu de faire sa déclaration de propriété et participes; s'il a choisi le capitaine, d'y énoncer son nom et celui du vaisseau, laquelle declaration sera enregistrée audit greffe, sans que pour ledit Enregistrement, quelle que soit l'espèce de navigation à laquelle ledit bâtiment sera destiné, il soit perçu, par les officiers d'amirauté, plus que le droit fixé par l'art. 22 du tarif du 10 janvier 1770, à peine de restitution.

» 2. Il en sera usé de même pour les bâtimens construits ou achetés dans les ports étrangers, à l'égard desquels l'art. 2 du réglement du 1er mars 1716 sera exécuté; et ne sera payé pour la soumission et le cautionnement y portés, que trente sous au lieutenant, et vingt sous au procureur du roi, pour chacun desdits actes, sans qu'il puisse être exigé ni reçu plus grande somme, à peine de restitution.

» 3. Dans le cas où le propriétaire n'armerait le vaisseau et ne ferait la nomination du capitaine qu'après la déclaration de propriété, ou qu'il vieudrait à changer le nom du vaisseau ou du capitaine qu'il aurait précédemment choisi; comme aussi, en

Digitized by Google

cas qu'il cédât son intérêt dans le vaisseau, ou que le cessionnaire demandât l'Enregistrement de son titre, il en sera fait une simple déclaration audit greffe, pour laquelle il ne sera paye que la moitié du droit porté par l'art. 2 ci-dessus.

» 4. Le navire nouvellement construit on aequis, sera jaugé par le jaugeur, on par telle autre personne à ce connaissante, qui aura été ou sera commise par l'amiral de France, dans chaeun des ports du royaume, sans que les propriétaires desdits navires puissent être assujettis de faire nommer en justice le jaugeur, et sans qu'il puisse être rendu aueune ordonnance, ni reçu par le juge aucun droit à ce sujet.

» 5. Le port du bâtiment sera constaté dans le certificat de jauge, lequel sera enregistré au greffe de l'amirauté, sur la simple présentation qui en sera faite au greffier, et sans qu'il soit besoin de le faire ordonner en justice ; et ne sera payé au greffier que huit sous, tant pour l'enregistrement que pour la mention d'icelui au bas du certificat de jauge, conformément à l'art. 3 du tarif du 10 janvier 1770, titre *des amirautés principales et particulières*.

» 6. Tous capitaines, maitres ou patrons, seront tenus d'avoir à bord le certificat de jauge de leur bâtiment, dûment enregistré au greffe de l'amirauté du lieu où il aura été construit, ou une expédition en bonne forme du certificat, légalisée par le juge de ladite amirauté ; et où lesdits capitaines ne représenteraient pas ledit certificat, ou une expédition d'icelui, lorsqu'il sera nécessaire de connaître la veritable contenance de leur bâtiment, il sera procédé à nouvelle jauge desdits bâtimens, aux frais desdits capitaines, maîtres ou patrons, sans pouvoir les répéter.

» 7. Fait sa majesté défenses à tous capitaines, maîtres ou patrons, de se servir d'autre certificat de jauge que de celui qui leur aura été originairement délivré pour leur bâtiment ; et où il aurait été nécessaire de procéder à une nouvelle jauge, à la réquisition du receveur de l'amiral et en la forme ci-dessus prescrite ; si elle se trouve différente du certificat, lesdits capitaines, maîtres ou patrons seront condamnés en l'amende de cent livres, même en plus grande peine s'il échoit, et en outre aux frais de nouvelle jauge.

» 8. Lorsque les formalités prescrites par les articles précédens, auront été remplies, le congé sera délivré au capitaine qui prendra le commandement du bâtiment, visé par le juge, et enregistré au greffe, sans qu'il soit besoin d'aucune ordonnance ni autre formalité, et sans qu'il puisse être perçu par le juge aucun droit à ce sujet ».

[[Les amirautés étant supprimées par la loi du 7 septembre 1790, où doivent être aujourd'hui enregistres les actes dont il est parlé dans cet arrêt ? La loi du 9 août 1791 porte, tit. 2, art. 10, que « les actes de propriété de navires seront enregistres au greffe des tribunaux de commerce ». — L'art. 3 du tit. 3 ajoute que « les certificats de jaugeage seront délivrés par des jaugeurs nommés à cet effet ».]]

* ENREGISTREMENT DES LOIS. C'est l'acte par lequel les cours souveraines, après avoir examiné les lois qui leur sont envoyées par M. le chancelier au nom du roi, ordonnent qu'elles seront transcrites dans leurs registres, et que des copies collationnées en seront envoyées aux juridictions de leur ressort, pour y être publiées, enregistrees et exécutées.

Les lois se faisaient autrefois dans l'assemblée générale de la nation. « Sans entrer (nous dit le président Hainaut dans son *Abrégé chronologique de l'Histoire de France*, tom. 1, pag. 116) dans la question de savoir quelle influence avaient les peuples dans les délibérations qui se prenaient aux champs de Mars, où se faisaient les capitulaires, nous rapporterons seulement ees termes de Charles-le-Chauve : Tels sont, dit ce prince, les capitulaires de nos pères, que les Français ont jugé à propos de reconnaître pour loi, et que nos fidèles ont résolu, dans une assemblée générale, d'observer en tout temps. Ces capitulaires étaient des lois qui se faisaient dans les parlemens ou plaids auxquels assistaient les ecclésiastiques et les laïcs ; ce qui fait que Réginon les a appelés tantôt *synodus*, tantôt *placitum*, parceque le concours de ces deux ordres de l'état, dans une assemblée où se traitaient également les choses ecclésiastiques et les séculières, les rendaient en effet et des conciles et des parlemens ; parlemens par convocation, conciles par occasion ».

On peut voir à cet egard une foule d'autorités dans les Capitulaires de Baluze et dans le *Codex legum antiquarum* de Lindenbroek. On se bornera à un seul exemple pour la seeonde race. On le trouve dans une ancienne eopie des capitulaires de Charlemagne : *Hæc capitula facta sunt et consignata Stephano comiti ut hæc manifesta faceret Parisiis, et illa legere faceret coram Scabineis, quod ita et fecit et omnes in uno consenserunt. . . . Etiam omnes Scabinei episcopi, abbates, comites manu propriâ subtersignaverunt.*

Il en fut de même, quoiqu'avec moins d'appareil, et dans des assemblées moins nombreuses, sous la troisième race de nos rois. « Nos rois (dit La Thaumassière) faisaient les ordonnances générales, de l'avis et du consentement de leurs barons ». — Le roi Philippe fit sa célèbre ordonnance, appelée *stabilimentum de feodis*, du mois de mai 1204, de l'avis des grands du royaume. S. Louis fit l'ordonnance contre les Juifs, du mois de décembre 1230, *pensatâ utilitate ad hæc totius regni de sincerâ voluntate nostrâ, et de communi consilio baronum nostrorum.*

Le sire de Joinville nous apprend que l'ordonnance faite par S. Louis, pour la réformation du royaume, en décembre 1254, à son retour de son premier voyage de la Terre Sainte, fut faite de l'avis de ses barons, *et au parlement et états qu'il tint à faire ses nouveaux établissemens.*

Guillaume de Nangis atteste le même fait en ces termes : *Primò igitur et principaliter post reditum suum ad statûs regni sui meliorationem, et subdi-*

Digitized by Google

torum suorum correctionem et quietem intendens, de communi consilio et assensu condidit pius rex generale statutum quod per totum regnum suum servari et promulgari voluit.

Ce même roi fit son ordonnance contre le blasphème, *de assensu baronum nostrorum.*

On trouve une ordonnance du 3 octobre 1303, depuis que le parlement fut rendu sédentaire à Paris, faite avec une partie seulement des barons, parceque, dit Philippe-le-Bel, il ne pouvait pas avoir à ce conseil et à cette délibération les autres prélats et barons, sitôt que la nécessité le requerait; et les barons, dans leurs souscriptions, s'enoncent ainsi: «Nous, parceque ladite ordonnance nous semble convenable et profitable à la besogne et si peu grevense..... que nul ne la doit refuser, nous y consentons».

Le recueil des ordonnances du Louvre nous apprend que les ordonnances continuèrent de se faire dans le parlement même, où le roi se transportait et les délibérait avec les membres du parlement, lequel formait son conseil légal: *Ordinatum fuit et unanimiter concordatum per totum concilium; ordinatum fuit per regem et ejus concilium.* Plusieurs de ces lois, en grand nombre, sont citées dans l'Encyclopédie, au mot *Enregistrement*, tome 5, page 700; et c'est d'après ces vérités constantes que le chancelier Olivier, dans sa harangue au lit de justice du 2 juillet 1549, dit que «la plupart des anciennes ordonnances sont faites au parlement, le roi y séant, ou autre de par lui».

Ainsi, le premier état de la législation en France fut de former la loi dans les assemblées de la nation, appelées champs de Mars, et ensuite de Mai, de l'avis et avec le consentement des délibérans, consentement qu'ils exprimaient par leur souscription à la loi proposée.

Le second état de la législation fut de former et délibérer la loi dans l'intérieur du parlement, où le roi se rendait, ou autre de par lui; parlement composé d'abord des barons, des prélats, des grands présidens appelés, dans les anciennes ordonnances, *magni præsidentiales nostri*, et des maîtres du parlement, mais beaucoup moins nombreux, comme l'on voit, que les assemblées nationales. En 1319, Philippe-le-Long retrancha du parlement les évêques, «se faisant (dit-il) conscience de les empêcher de vaquer au gouvernement de leurs espiritualités». Il n'y resta que les six pairs ecclésiastiques. Nous ne voyons pas clairement dans l'histoire à quelle époque les barons cessèrent d'y prendre séance, et de participer à la délibération et à la formation des lois. Les prélats du sang royal continuèrent toujours d'être membres nés des parlemens, et la séance des anciens barons fut remplacée par celle des pairs laïcs.

On n'est pas d'accord, entre les publicistes, sur l'époque à laquelle commença le troisième état de la législation française, qui est celui d'aujourd'hui, et qui consiste en ce que le roi adresse une loi à son parlement, sur laquelle celui-ci, après une délibération qui s'appelle *vérification*, prononce ou un enregistrement pur et simple, ou des modifications, ou arrête qu'il sera fait des remontrances.

[[Dans l'affaire sur laquelle a été prononcé le plaidoyer du 23 fructidor an 13, que j'ai rapporté en partie au mot *Bar*, il s'agissait de savoir si l'édit de Robert, duc de Bar, du 25 septembre 1373, qui avait déclaré les domaines de son duché inaliénables, avait pu avoir son effet, dans le Barrois mouvant qui ressortissait au parlement de Paris; et la dame de Poix soutenait la negative, sur le fondement qu'il n'était pas justifié que le parlement de Paris eût jamais enregistré cet édit.

« Cet édit (répondais-je) a été porté dans un temps où rien ne prouve que la formalité de l'enregistrement fût regardée comme nécessaire pour rendre les lois obligatoires, où, au contraire, tout prouve, tout démontre qu'elle ne l'était pas.

» Quelques écrivains, nous le savons, ont prétendu que le droit d'enregistrement dérivait, pour le parlement de Paris, de la part qu'avaient eue à la législation les anciennes assemblées du champ de mars ou de mai: mais pour adopter ce système, il faut admettre que les anciennes assemblées du champ de mars ou de mai n'étaient autre chose que ce qu'a été, de nos jours, le parlement de Paris; et ce serait faire trop d'honneur à une idée aussi contradictoire avec tous les monumens de notre ancien droit public, que de la discuter sérieusement. — «On ne sait (dit Mably, *Observations sur l'histoire de France*, liv. 6, chap. 6, note 10) comment réfuter les personnes qui n'ont écrit que pour flatter le parlement, qui a la vanité de chercher son origine dans les anciens champs de mars ou de mai. Il faudrait arrêter ces écrivains à chaque ligne, ou plutôt à chaque mot; il faudrait leur faire voir comment ils joignent toujours un mensonge à une vérité». — Eh! que penseriez-nous aujourd'hui, si nous pouvions prévoir les futures aberrations de l'esprit humain, des hommes qui, dans cinq ou six siècles, prétendraient qu'en 1789 c'était le parlement de Paris qui formait les états généraux de la France! Telle est pourtant l'erreur de ceux qui, avant 1789, ne voyaient dans le parlement de Paris que la continuation des anciennes assemblées du champ de mars ou de mai.

» Sans doute, dans le temps même où se tenaient les assemblées du champ de mars ou de mai, il existait une cour, ou, comme on parlait alors, un plaid royal, *placitum regis*, dont la mission était de rendre la justice en dernier ressort; et c'est cette cour, long-temps ambulatoire au gré des rois, que Philippe-le-Bel rendit sédentaire à Paris par son ordonnance de 1302.

» Mais cette cour avait-elle le droit de vérifier les lois qui se faisaient dans les assemblées nationales? Etait-ce du moins à elle qu'était confié le soin de les faire publier dans les juridictions inférieures? Ni l'un ni l'autre. — D'abord, quant à la vérification, il serait absurde de supposer qu'elle fut nécessaire à des lois faites par le corps entier de la

Digitized by Google

nation française, et auxquelles le roi avait donné son consentement. — Et à l'égard de l'envoi aux juridictions inférieures, ce n'était pas la cour royale, c'était le chancelier du roi qui en était chargé. *Volumus etiam* (porte le capitulaire de 823, art. 24) *ut capitula quæ nunc et alio tempore, consultu nostrorum fidelium, à nobis constituta sunt, à cancellario nostro archiepiscopi et comites de propriis civitatibus modò, aut per se aut per suos missos accipiant, et unusquisque per suam diœcesim, cæteris episcopis, abbatibus, comitibus et aliis fidelibus nostris ea transcribi faciant, et in suis civitatibus coràm omnibus relegant, ut cunctis nostra ordinatio et voluntas nota fieri possit. Cancellarius tamen noster nomina episcoporum et comitum qui ea accipere curaverint notet, et ad nostram notitiam perferat, ut nullus hoc prætermittere præsumat.*

» D'autres écrivains, convaincus de l'absurdité de ce premier système, en ont imaginé un qui n'est pas plus raisonnable : ils prétendent que l'usage de l'enregistrement et la reconnaissance de sa nécessité remontent dn moins aux règnes de saint Louis et de Philippe-le-Hardi ; et ils se fondent sur ce qu'il existe quelques ordonnances de ces deux monarques, qui ont été faites du consentement de leurs barons, *de assensu baronum nostrorum*, et par conséquent dans le *parlement* ou *plaid* qu'ils tenaient de temps à autre, et qui était composé de tous les vassaux immédiats de la couronne. — Mais ces auteurs feignent d'ignorer le motif qui portait Louis IX et son fils à employer cette forme pour rendre leurs ordonnances obligatoires dans toute l'étendue du royaume. Ce motif était puisé dans la différence qu'il y avait alors, relativement à la législation, entre le domaine du roi et ceux des grands vassaux. Dans les premiers, la seule volonté du monarque faisait les lois ; mais pour les seconds, ses ordonnances n'y avaient lieu qu'autant que les seigneurs à qui ils appartenaient, les avaient souscrites, on qu'ils jugeaient à propos de les recevoir. C'est ce que prouvent les ordonnances de Philippe-Auguste sur les fiefs et sur la juridiction ecclésiastique, celles de Louis VIII sur les Juifs, et celles de Louis IX sur le bail, le rachat des terres et la majorité feodale des filles. (Brussel, *tom.* 2, *liv.* 3, *chap.* 35). — Il y a plus : les arrière-vassaux étaient dans les mêmes termes avec les grands vassaux. Par exemple, les *établissemens* de saint Louis n'avaient pas été faits du consentement des seigneurs, quoiqu'ils statuassent sur des choses qui étaient pour eux d'une grande importance ; et par cette raison, ils ne furent reçus que par ceux à qui il convint de s'y conformer. Robert, fils de saint Louis, les admit dans son comté de Clermont ; mais ses vassaux, ne pensant pas comme lui, ne les reçurent pas. (Montesquieu, *liv.* 28, *chap.* 29). — Ainsi, lorsque Louis IX et Philippe-le-Hardi prenaient, dans leur *plaid*, le consentement des *barons* à leurs ordonnances, leur but n'était pas de rendre leurs ordonnances obligatoires dans leurs propres domaines ; c'était uniquement de mettre les barons dans la nécessité de s'y soumettre eux-mêmes dans leurs terres : car, encore une fois, pour les rendre obligatoires dans leurs domaines, ils n'avaient besoin que de leur seule volonté ; et ils n'étaient pas plus tenus pour cela de les faire approuver par le *parlement*, que les seigneurs dont il était composé ne l'étaient d'y faire vérifier et enregistrer, soit les lois qu'ils donnaient eux-mêmes à leurs sujets, soit les traités qu'ils faisaient avec leurs vassaux. — « Quand ces seigneurs (dit Mably, *liv.* 6, *chap.* 6,) donnèrent des chartes de communes à leurs villes, on demanda quelquefois la garantie du roi ; mais on ne trouve aucun exemple que ces pièces aient été envoyées à la cour, pour que l'enregistrement leur donnât force de loi ».

» Au surplus, comme le remarque le même auteur, ce n'est pas même à cette mesure employée par Louis IX et Philippe-le-Hardi pour étendre l'empire de leurs ordonnances jusque dans les domaines de leurs vassaux, qu'on doit rapporter l'origine de l'enregistrement, « puisque cette coutume tomba dans l'oubli à mesure que le parlement et l'administration de la justice prirent une forme nouvelle par l'établissement des appels et la qualité des personnes qui composèrent le parlement, quand les seigneurs eurent renoncé au droit de juger. Les progrès rapides que fit alors l'autorité royale, contribuèrent sur-tout à faire disparaître cette nouveauté. Philippe-le-Bel, plus puissant qu'aucun de ses prédécesseurs, sentit combien l'autorité de son parlement, composé de praticiens qu'il choisissait à son gré pour remplir les fonctions d'une magistrature annuelle, était peu propre à donner du crédit à ses lois, et à les faire respecter par des seigneurs fiers de leur pouvoir et de leur grandeur. Il n'y fit point enregistrer l'ordonnance importante du mois d'octobre 1294, par laquelle il établissait la reine régente, dans le cas que son fils fût mineur en montant sur le trône ; il eut recours à un moyen plus efficace ; il demanda la garantie aux seigneurs les plus puissans (1). Tout le monde sait (d'ailleurs) que ce prince gouvernait par des ordres secrets qu'il se contentait d'adresser directement à ses baillis ».

» Enfin, il est une troisième opinion, qui, sans faire remonter aussi haut l'introduction de la formalité de l'enregistrement, la fixe au règne du roi Jean et à l'époque de sa prison en Angleterre : mais sur quoi se fondent les sectateurs de cette opinion ? Ecoutons un auteur que Brillon, au mot *Enregistrement*, fait ainsi parler, sans dire son nom : *Hovotogane, vulgò nostri usurpant pro regiorum edictorum aut statutorum in acta parlamenti redactione ; cujus quidem usus tùm primùm cœpit cùm, Joanne rege capto et in Angliam abducto, Carolus*

(1) Ils ne la donnèrent même qu'en 1299 et 1300. On peut en voir les lettres *au Trésor des chartes*, et elles sont citées par Dupuy, *Traité de la majorité des rois*, page 146.

Digitized by Google

filius, regni vicarius et regens dictus est; litteris enim regiis quibus ea dignitas Carolo attributa, adscripta hæc verba leguntur in registro parlamenti C et D: Lecta et præsentata in camerâ parlamenti, 3 martii anni 1356; *cùm antè hæc tempora vix regias litteras in acta parlamentaria relatas videre sit.*

» Ainsi cet auteur, tout en convenant qu'avant la prison du roi Jean, on trouverait difficilement des traces d'enregistrement d'édits ou de lettres royaux, assure que, le 5 mars 1356, il fut enregistré au parlement un édit qui declara le dauphin Charles regent de France; il va même jusqu'à citer les termes dans lesquels cet enregistrement est annoté sur les registres du parlement. Qui ne croirait, du premier abord, à une assertion aussi positive? Elle est cependant de toute fausseté.

» 1°. Tous les monumens historiques constatent que le dauphin Charles ne prit le titre de régent que le 14 mai 1357, et que ce titre ne lui fut point déféré par des lettres du roi son père; mais, ou qu'il se l'attribua lui-même, ce qui paraît résulter de quelques expressions employées dans les lettres de lieutenance générale qu'il donna, en septembre 1359, à son frère Jean, comte de Poitiers, ou qu'il lui fut conféré, suivant quelques auteurs, par les états assemblés à Compiègne; qu'enfin, jusqu'au 14 mai 1357, il ne prit que la qualité de *lieutenant du roi*, qualité qui paraît ne pas lui avoir donné grande autorité, puisqu'on vit, en 1356 même, les états-généraux établir un conseil compose de trente-six personnes, qui devait gouverner jusqu'au retour du roi Jean.

» 2°. Le recueil des ordonnances du Louvre, qui contient un relevé exact de toutes les ordonnances et lettres royaux enregistrees au parlement de Paris, ne nous offre, dans tout le cours de l'année 1356, aucune espèce d'acte émané, soit du roi Jean, avant la bataille de Poitiers, soit de son lieutenant Charles, qui ait été enregistré en cette cour.

» Eh! comment voudrait-on que le parlement de Paris se fût emparé, pendant la prison du roi Jean, du droit de vérifier les edits? A peine siégea-t-il pendant tout ce temps; presque pendant tout ce temps il fut remplacé par une commission composée des seuls présidens; et cette commission ne fut chargée d'abord, par des lettres-patentes du 18 octobre 1358, ensuite par d'autres du 19 mars 1359, que de juger les procès comme l'eût pu faire le parlement entier. — « Comme pour le fait (est-il dit dans ces dernières lettres-patentes) et occupation des présentes guerres, qui long-temps ont esté et sont, lesquelles croissent et multiplient de jour en jour, le parlement..... n'ait pas este tenuz par certaines annees derrenierement passees, et encore pour la cause dessus dicte, ne puisse l'en sçavoir bonnement quant il se pourra tenir; et pour ce, par nos autres lettres faites et données à Paris le dix-huitième jour d'octobre l'an 1358, vous eussions commis, etc. ».

» Il est vrai que, sous Charles V, on trouve des édits et des lettres-patentes adressés au parlement de Paris, et inscrits sur ses registres; mais que ces formalités aient été dès-lors, et exclusivement à toute autre, indispensables pour imprimer aux lois le sceau de la promulgation, c'est ce que rien ne justifie. Le recueil des ordonnances du Louvre nous offre, au contraire, un très grand nombre d'édits et de lettres-patentes de ce prince, qui sont adressés directement aux baillis et sénéchaux. — Telles sont notamment,

« Les lettres-patentes du mois de mai 1364, qui ordonnent que Genrey-en-Montaigne, Montalye et Jule, ressortiront désormais au bailliage de Mâcon; elles portent: *Si donnons en mandement au bailli de Mascon, et à tous les autres justiciers, officiers et subgez de nostre royaume, presens et à venir, ou à leurs lieutenans, ou à chascun d'iceux, que, etc.;*

» Les lettres-patentes du mois de juillet suivant, qui attribuent au bailliage de Sens le ressort du lieu nommé *Rousemelo*; elles portent: *Mandantes baillivo Senonensi, cæterisque justiciariis nostris præsentibus pariter et futuris, quatenùs ipsos præsenti nostra gratiâ, deinceps perpetuis temporibus uti faciant et gaudere;*

» Les lettres-patentes du même mois, qui attribuent à l'échiquier de Normandie la connaissance immediate des appels des jugemens rendus par les maire et pairs de Rouen, avec défenses au bailliage et à la vicomté de recevoir ces appels; elles portent: *Mandantes baillivo, vice-comiti et procuratori nostris Rothomagensibus, præsentibus et futuris, et cuilibet eorumdem, prout ad eum pertinuerit, in perpetuum observent.....;*

» Les lettres de sauve-garde royale pour le chapitre de Saint-Furcy de Péronne, du mois de septembre de la même année; elles portent: *Mandons par ces presentes lettres aux baillis de Vermandois, d'Amiens, de Senlis, et au prevost de Peronne et à tous nos autres justiciers et officiers presens et à venir, ou à leurs lieutenans et à chascun d'eux, si comme à lui appartiendra, qu'ils obeissent et fassent obeir et entendre auxdits gardiens et chascun d'eux;*

» Les lettres-patentes du mois de décembre suivant, qui attribuent à la prévôté de Saint-Quentin le ressort de plusieurs justices seigneuriales; elles portent: *Mandantes baillivo Viromandensi* [bailli de Vermandois], *præpositis nostris Sancti-Quintini, de Peronâ et de Roye, præsentibus et futuris, aut eorum locatenentibus, quatenùs prædictum communem, officiarios, subditos, terras et loca sua præfiçta nostra præsenti gratiâ uti et gaudere faciant;*

» Les lettres patentes du mois de mars de la même annee, qui ordonnent que le comté de Blois ressortira dorenavant au bailliage de Chartres; elles portent: *Mandantes baillivo Carnotensi qui nunc est pro tempore erit ac ejus locumtenente, quatenùs dictam superioritatem et ressortum dictorum comitatûs et terræ coram se ad sedem prædictam teneant et exerceant.....;*

Digitized by Google

» Les lettres-patentes données à Paris la même année, sans expression de jour ni de mois, pour affranchir de la confiscation les biens des habitans de Carcassone qui seront condamnés à la mort, à une mutilation de membre ou à un bannissement perpétuel; elles portent: *Mandantes senescallo vicarioque et judici nostro Carcassone, vel eorum locumtenentibus, et cuilibet ipsorum, quatenùs consules et universitatem prædictam et singulares ac habitatores ejusdem præsentes et futuros nostrâ præsentigratid uti et gaudere faciant et permittant;*

» Les lettres-patentes du mois de mai 1365, qui permettent aux consuls de Montpellier d'instituer deux greffiers des enquêtes de la cour du bailli de la même ville; elles portent: *Dantes tenore præsentium in mandatis dicto bajulo moderno et aliis qui pro tempore fuerint bajuli dictæ villæ, cæterisque justitiariis, officiariis et subditis nostris præsentibus et futuris, et eorum locumtenentibus, quatenùs, etc;*

» Les lettres-patentes du 14 juillet suivant, qui unissent inséparablement à la couronne la ville de Vaucouleurs; elles portent: *Quocircà baillivo nostro Calvimontis* (de Chaumont), *cæterisque justitiariis et officiariis nostris præsentibus et futuris, aut eorum locatenentibus, præcipiendo mandamus firmiter injungendo, quatenùs, etc.;*

» Les lettres-patentes du même mois, confirmatives des privilèges des sergens des foires de Champagne et de Brie; elles portent: *Mandantes baillivo Trecensi et Meldensi* (de Troyes et de Meaux), *cæterisque justitiariis nostris aut eorum locatenentibus, præsentil us pariter et futuris, quatenùs, etc.;*

» Les lettres patentes du mois d'octobre suivant, qui placent les pêcheurs de la ville de Meulan sous la juridiction du prévôt de cette ville; elles portent: *Si donnons en mandement au prévost de Meulan, etc.;*

» L'ordonnance du 18 novembre 1365, qui soumet à une amende de soixante sous tout plaideur qui interjettera appel au parlement et s'en désistera dans la huitaine; elle porte: *Charles, par la grace de Dieu, roi de France, au bailli de Contances, ou à son lieutenant, salut..... Si vous mandons et enjoignons que, tantost et sans délai, ces lettres vues, vous fassiez notre présente ordonnance et constitution lire et publier ès bonnes villes et lieux notables de tout votre bailliage, et icelle nous ordonnons de ci en avant tenir et garder entièrement, par tous les sujets d'icelui bailliage;*

» Les lettres-patentes du mois de mars suivant, qui attribuent au bailliage de Bar-sur-Aube le ressort immédiat de l'abbaye de Monstier-en-Der; elles portent: *Si donnons en mandement et commettons par ces présentes à nos bailli de Chaumont et prévost de Bar-sur-Aube, qui orez sont et seront ou temps à venir, ou à leurs lieutenans, et à chacun d'eulx, que, etc.;*

» Les lettres-patentes du mois de juin 1366, qui attribuent aux mayeurs de l'echevinage de Tournai le droit de juger, chacun dans son district, les causes qui n'excèderont pas soixante sous; elles portent: *Si donnons en mandement au gouverneur* (chef de la gouvernance ou bailliage) *de Tournai, et à toutz les justiciers et officiers de nous et de notre royaume, présens et advenir, ou à leurs lieutenans, et à chacun d'eulx, que, etc.;*

» Les lettres-patentes du même mois, qui permettent de racheter, pour une somme d'argent, les maisons des habitans de Saint-Amand-en-Pevèle (dans le Tournaisis), que l'on avait coutume de brûler; elles portent: *Mandantes universis regni nostri justitiariis et officiariis modernis et futuris, aut eorum locatenentibus, et cuilibet eorumdem, quatenùs, etc.;*

» Les lettres-patentes du même mois, qui ordonnent que l'abbaye de Clairvaux et toutes ses dépendances ressortiront immédiatement à la prévôté de Bar-sur-Aube; elles portent: *Quocircà præposito moderno et suis successoribus præpositis dicti loci de Barro-super-Albam, vel eorum locatenentibus, committimus et mandamus, quatenùs, etc.;*

» Les lettres-patentes du 18 septembre 1366, qui attribuent au bailliage royal d'Aurillac en première instance, et au bailliage royal de Saint-Pierre-le-Moûtier par appel, sauf l'appel ultérieur au parlement de Paris, la connaissance des affaires des personnes de l'Auvergne qui sont exemptes de la juridiction du duc de cette province; elles portent: *Mandantes baillivo nostro dicti loci de Sancti-Petri Monasterio, cæterisque justitiariis et officiariis regni nostri, quatenùs, etc.*

» Les lettres-patentes du 16 novembre suivant, qui défendent au châtelet de Paris de renvoyer aucune affaire au parlement, si ce n'est en vertu de lettres-patentes contenant la mention de la cause du renvoi; elles portent: *Charles, par la grace de Dieu, roi de France, au prevost de Paris ou à son lieutenant, salut;* et au dos: *Ces lettres ont esté apportées par messire Jean de Columbes, audicuicier et chevalier du roi;*

» L'édit du mois de janvier de la même année, qui fixe le nombre des examinateurs du châtelet de Paris; il porte: *Mandantes præposito nostro Parisiensi moderno, cæterisque justitiariis et officiariis nostris, vel eorum locatenentibus, et cuilibet eorumdem, ut ad ipsos pertinuerit, quatenùs, etc.;*

» L'édit du mois de février suivant, qui supprime la juridiction communale de la ville de Tournai, et attribue au prévôt de la même ville la connaissance exclusive de toutes les causes personnelles et civiles, sauf l'appel à la gouvernance, et de là au parlement de Paris; il porte: *Si donnons en mandement à nos gouverneur et prevost de notredite ville et à chacun d'eulx, que notre présente ordonnance, déclaration et volonté facent solemnellement publier en notredite ville de Tournai, et ailleurs où besoin sera, et icelles facent garder, enteriner et accomplir de point en point;*

» Les lettres-patentes du mois d'avril 1366, qui distrayent l'abbaye de Cluguy de la juridiction du bailliage de Macon, et l'annexent à celle du bail-

Digitized by Google

liage de Saint-Jangou ; elles portent : *Mandantes baillivo Matisconensi et omnibus aliis justitiariis et officiariis, etc. ;*

» Les lettres-patentes du même mois, qui distrayent le prieure de la Charité-sur-Loire de la juridiction du bailliage de Bourges, et l'unissent à celle du bailliage de Saint-Pierre-le-Moûtier ; elles portent : *Quare damus tenore præsentium in mandatis baillivo Bituricensi et omnibus aliis justitiariis et officiariis, etc. ;*

» L'ordonnance du 13 juillet 1367, qui attribue au châtelet de Paris la connaissance exclusive des actes passés sous le sceau de ce tribunal ; elle porte : *Charles, par la grace de Dieu, roi de France, à notre prevost de Paris et à son lieutenant, salut ;*

» L'ordonnance du 8 juin 1369, qui détermine le nombre et les fonctions des sergens à cheval et à verge du châtelet de Paris ; elle porte : *Si donnons en mandement et commettons par ces présentes à notre prevost de Paris ou à son lieutenant présent et advenir, que cette notre presente ordonnance il garde et tiengne, et face tenir et garder entierement ;*

» L'ordonnance du mois d'août 1370, qui règle les fonctions et la forme des exploits des sergens de la ville de Sarlat ; elle porte : *Mandantes senescallis Petragoricensi et Caturcensi, cæterisque justitiariis et officiariis regni nostri, etc. ;*

» L'ordonnance du 3 juillet 1371, qui enjoint aux juges seculiers de contraindre les personnes excommuniées par les juges d'eglise pour n'avoir pas payé leurs dettes, à se faire absoudre de ces excommunications ; elle porte : *Karolus, Dei gratiâ Franciæ rex, baillivo et præposito Senonensibus* (de Sens), *necnon omnibus aliis justitiariis nostris aut eorum locatenentibus, salutem ;*

» L'ordonnance du mois de janvier 1371, qui fixe le nombre des sergens de la prévôté de Laon, et règle leurs fonctions ; elle porte : *Si donnons en mandement à notre bailli de Vermandois, au prevost forain de Laon et à tous nos autres justiciers, officiers et subgets dudit bailliage, à leurs lieutenans et à chascun d'iceux, que notre presente ordonnance, constitution et decret, ils facent tenir et garder à toujours ;*

» L'ordonnance du 1er février 1371, concernant les ladres qui se trouvent à Paris ; elle porte : *Charles, par la grace de Dieu, roi de France, au prevost de Paris ou son lieutenant, salut ;*

» Les lettres-patentes du 18 juillet 1372, qui accordent un grand nombre de privilèges aux juifs établis en France ; elles portent : *Si donnons en mandement aux prevost de Paris et à tous les autres justiciers et officiers de notre royaume, ou à leurs lieutenans presens et à venir, que de ces presens privileges ils facent et laissent jouir et user paisiblement lesdits juys et juives et chacun d'eulx ;*

» Les lettres-patentes du 3 mars 1374, qui ordonnent qu'à l'exclusion des officiers du duc de Berry et d'Auvergne, les juridictions royales de ces pays connaitront de tous les cas royaux et des affaires des églises cathédrales ou de fondation royale ; elles portent : *Si donnons en mandement à tous nos lieutenans, senéchaux, baillis, prevoz, et à tous nos autres justiciers et officiers quelconques, presens et à venir, ou à leurs lieutenans, et à chacun d'eulx, que, etc. ;*

» Les lettres-patentes du 23 du même mois, qui attribuent au bailli et au prévôt d'Orléans la qualité de conservateurs et juges des écoliers et officiers de l'université de la même ville ; elles portent *Si donnons en mandement ausdiz bailli et prevost, ou à leurs lientenans, presens et à venir..... ;*

» L'ordonnance du 29 décembre 1375, qui transfère au bailliage d'Orléans le ressort du comté de Blois, précédemment accordé au bailliage de Chartres ; elle porte : *Si donnons en mandement à notredit gouverneur, prevoz et autres juges et officiers d'Orliens, d'Yenville et de Chartres, que cette presente ordonnance ils tiengent et facent tenir et garder..... ;*

» L'ordonnance du mois de septembre 1377, qui détermine et règle la juridiction des auditeurs du châtelet de Paris ; elle porte : *Si mandons et commettons au prevost de Paris qui à present est, ou à son lieutenant, et à ceux qui pour le temps à venir seront, que nosdites ordonnances facent fermement tenir et garder de point en point.*

» Nous ne pousserons pas plus loin cette énumération : elle est plus que suffisante pour démontrer que sous le règne de Charles V, on ne s'était pas encore avisé de croire que l'enregistrement des lois au parlement fût une formalité nécessairement préalable à leur exécution.

» Et dans le fait, on sait bien que cette formalité, gênante pour l'autorité royale, n'a pas dû être imaginée par les rois ; qu'elle ne peut l'avoir été que par le parlement ; qu'elle n'a pu être que le fruit des entreprises de l'esprit de corps sous des monarques faibles ou malheureux. Or, quel esprit de corps pouvait-il exister dans le parlement, lorsqu'il n'était encore composé que de membres qui se renouvelaient chaque année, ou qui, du moins avaient besoin chaque année d'une nouvelle nomination ? car on sait que pendant long-temps les rois formèrent le parlement à leur gré ; que, tous les ans, ils arrêtaient le rôle de ceux qui devaient y faire le service ; et que tel qui avait siégé au *parlement de Pâques*, n'était plus appelé au *parlement de la Toussaint*. — C'est ce que remarque de Laurière, sur ces mots, *in prædictis parlamentis nostris*, employés dans une ordonnance de Charles V, du mois d'août 1366 : « Anciennement (dit-il), le parlement n'existait pas toujours ; et lorsqu'il y en avait un de fini, les rois, après quelque temps d'intervalle, en établissaient un nouveau, et nommaient quelquefois de nouveaux officiers. De là cette clause qui se trouve dans quelques lettres : *gentibus nostrum præsens parlamentum tenentibus, et qui futura tenebunt parlamenta* ».

» Ce ne fut que sous Charles VI que les commissions des membres du parlement cessèrent d'être

Digitized by Google

annales. Au milieu des calamités qui affligèrent la France pendant ce règne, on oublia de renouveler ces commissions ; et cédant à l'empire des circonstances, ou plutôt habiles à en profiter, les juges, au lieu d'abandonner leurs fonctions, s'y continuèrent d'eux-mêmes.

» Aussi est-ce de la fin de ce règne malheureux, que date la première tentative faite par le parlement de Paris pour s'arroger le pouvoir de délibérer sur les lois. Mably, *liv.* 5, *chap.* 6, en fait expressément la remarque : et elle est justifiée par une protestation consignée dans les registres du parlement, du 31 mars 1418, contre un enregistrement fait la veille, sans délibération préalable, en présence du comte de Saint-Pol, du chancelier et du sire de Montberon.

» Mais voulons-nous une preuve incontestable que peu de temps auparavant, et sous le même règne, on regardait encore comme lois les ordonnances qui n'étaient pas enregistrées au parlement, et qui n'avaient été adressées qu'au châtelet ; ouvrons l'*Histoire de Charles VI, par Jean Juvénal des Ursins, archevêque de Reims*, page 254 : « Afin que parmy le royaume on cuidast que ce qu'on faisoit estoit pour le bien du royaume, ceux du conseil de dessus dits firent chercher et querir ès chambres des comptes, du trésor *et au chastelet*, toutes les *ordonnances royaux anciennes*, et sur icelles en formerent de longues et prolixes, où il y avoit de bonnes et notables choses prises sur *les anciennes* : puis firent venir monseigneur le dauphin, duc de Guyenne, en la cour de parlement, tenant comme un lict de justice, et les firent publier à haute voix, et les leut le *greffier du chastelet*, nommé maistre Pierre Defresnes, qui avoit un moult bel langage et haut ; et furent lesdites ordonnances decretées estre gardées et sans enfreindre... (*Page* 265.) Assez tost après, le roi assembla ceux de son sang et de son conseil en grand nombre en la salle du palais, et par grande et meure deliberation, cassa et annulla les ordonnances dont dessus a esté fait mention, combien qu'il y eust de bonnes choses ; mais pour ce qu'elles furent faites à l'instigation et pourchas des bouchers et de leurs adherens qu'on nommoit cabochiens, et que à les publier en parlement estoient les principaux d'entre eux presens et avoués, et pour plusieurs autres raisons furent cassées, *aussi que les anciennes suffisoient bien* et n'en falloit aucunes autres ». — Ainsi, des ordonnances dont les registres du parlement n'offraient aucune trace, et qu'il avait fallu aller chercher dans les greffes de la chambre des comptes, de la chambre du trésor et du châtelet, furent déclarées et reconnues *suffisantes*. La formalité de l'enregistrement au parlement n'avait donc pas été nécessaire pour leur donner force de loi.

» Enfin, même sous le règne de Charles VII, et le 14 mars 1457, le parlement reconnaissait encore « que les ordonnances avaient toute l'autorité dont elles étaient susceptibles, quand elles avaient été déposées dans le trésor des chartes ; et bien loin de croire que ses registres seuls fussent les dépositaires de la loi, il accordait le même honneur à ceux de la chambres des comptes ». Ce sont les termes de Mably, *liv.* 6, *chap.* 6; et voici comment il le prouve, *note* 16 : « Jean IV, comte d'Armagnac, ayant refusé de mettre en possession de l'archevêché d'Auch, Philippe de Leny, qui avait été élu, le roi Charles VII s'empara de son comté ; et ce seigneur, soupçonné de plusieurs autres délits, fut cité au parlement de Paris. Le 14 mars 1457, il déclina cette juridiction, prétendant devoir être jugé par le roi et les pairs. Le procureur du roi, pour s'y opposer, dit que le comte *n'a ni privilége ni ordonnance enregistrée en ladite cour ou trésor des chartes, ni en la chambre des comptes.* Extrait des registres du parlement, rapporte par Lancelot, dans le second volume des pièces concernant la pairie, *page* 151. J'aurai occasion de parler, dans les remarques suivantes, de ce procès, et l'on verra que ce procureur du roi, qui met le trésor des chartes et la chambre des comptes sur la même ligne que le parlement, était cependant très prévenu en faveur des droits et des prérogatives de sa compagnie ».

» Que résulte-t-il de tous ces détails ? c'est que, comme le dit encore Mably, « l'Enregistrement, semblable, par son origine et dans ses progrès, à tous les autres usages de notre nation, s'est établi par hasard, s'est accrédité peu à peu, a souffert mille révolutions; et (que ce n'est que) par une suite de circonstances extraordinaires qu'on lui a enfin attribué tout le pouvoir qu'il a eu depuis ». — Ce qu'il y a du moins de très constant, c'est que l'année 1482 est l'époque où, pour la première fois, on voit un roi de France reconnaître la nécessité de l'Enregistrement : ce fut Louis XI qui donna cette reconnaissance; et il la donna, suivant Duclos son historien, en déclarant qu'un édit qu'il avait fait sur les blés, n'avait pas pu être exécuté sans Enregistrement préalable au parlement de Paris.

» Mais de là s'ensuit-il qu'il en était de même en 1323, date de l'édit du duc Robert, qui, le premier, proclama dans le Barrois mouvant la maxime de l'inaliénabilité du domaine de l'état ? Non certainement ; nous avons même prouvé le contraire par des ordonnances du roi Charles V, de cette année-là même, qui sont adressées directement à des juges inférieurs pour être publiées par eux ; et l'on sent bien, d'après cela, que l'édit du duc Robert n'a pas eu besoin du concours du parlement de Paris pour avoir force de loi dans le Barrois mouvant.]]

Quoi qu'il en soit, au reste, de l'époque plus ou moins reculée de l'usage de l'Enregistrement des lois, il est aisé de concevoir que la cessation de la forme de délibérer et de faire les lois en plein parlement, dut nécessairement, par la nature même des choses, et pour conserver à la France une consti-

Digitized by Google

tution monarchique, être remplacée par quelque forme conservatoire qui défendît les rois eux-mêmes des pièges et des surprises qui environnent les trônes, et cette forme fut celle de la vérification et de l'Enregistrement.

Son existence est attestée par les discours et les réclamations des chefs des cours, des gens du roi, des chanceliers et gardes des sceaux de France, dans une multitude d'occasions solennelles que notre histoire présente au lecteur le moins attentif.

Elle est attestée par tous les jurisconsultes du royaume et dans tous les règnes, mais notamment par Etienne Pasquier, lequel, en sa qualité d'avocat général de la chambre des comptes de Paris, la réclama avec autant de noblesse que d'énergie, à l'occasion d'un Enregistrement non délibéré, que le cardinal de Vendôme, prince du sang, venait provoquer à la chambre des comptes, et qui n'eut pas lieu par la retraite de tous les magistrats qui étaient en séance. Elle est attestée encore par La Roche-Flavin, en son *Traité des Parlemens de France*, liv. 13, chap. 9, en ces termes : « La première et principale autorité des parlemens est de vérifier les ordonnances et édits du roi ; et telle est la loi du royaume, que nuls édits, nulles ordonnances n'ont d'effet, et on ne les tient pour tels, s'ils ne sont vérifiés aux cours souveraines et par la libre délibération d'icelles ».

« Les édits (nous dit Castelnau), n'ont force de loi et ne sont approuvés des autres magistrats (des bailliages), s'ils ne sont reçus et vérifiés auxdits parlemens, qui est une loi d'état par le moyen de laquelle le roi ne pourrait, quand il le voudrait, faire des lois injustes, que bientôt elles ne fussent rejetées ».

On peut citer encore ici M. Le Maître, avocat-général en 1499, M. le premier président de Harlay en 1586, M. l'avocat général Servin et M. le premier président de Verdun en 1620, M. l'avocat général Talon en 1645 et dans le lit de justice du 15 janvier 1648, M. le procureur général Guillaume Rogier dans son opposition à l'Enregistrement des lettres-patentes du 8 novembre 1529, portant ratification des deux traités passés entre François Ier et Charles-Quint ; et M. le procureur général de La Guesle dans son opposition à la loi par laquelle Henri IV ordonnait que le domaine particulier d'un prince montant sur le trône, ne serait pas réuni à la couronne. (*V. Domaine public.*)

Les magistrats et les publicistes invoquent encore en preuve l'usage toujours observé jusqu'à ce jour dans les lits de justice, d'aller dans les rangs recueillir les voix, ainsi que l'usage constamment suivi par les cours de faire des protestations après la tenue des lits de justice, fondées sur ce qu'elles n'y ont pas joui d'une libre délibération.

Mais toutes ces preuves peuvent être regardées comme superflues, quand on voit nos rois eux-mêmes déclarer aux puissances étrangères ou à leurs grands vassaux, que, suivant les lois du royaume, ils ne pouvaient rien faire de solide et de régulier sans la vérification et l'Enregistrement dans leurs parlemens ; heureuse impuissance qui fut dans tous les temps le plus ferme appui de leur pouvoir et *le retenail* de cette grande monarchie, pour nous servir de l'expression énergique de Pasquier.

François Ier s'était engagé par des lettres-patentes de 1523, à ne faire jamais demande ni question au duc de Savoie des terres qu'il tenait, spécialement du comté de Nice, dont il lui faisait cession et transport. Mais ces lettres n'avaient point été vérifiées et enregistrées au parlement, et ce fut sur ce défaut d'Enregistrement que, par ordre même du roi, le chancelier Olivier, *personnage illustre par son intégrité, sa sagesse et son expérience dans les affaires*, suivant le président Hénault, dressa un mémoire pour combattre la prétention du duc de Savoie, qui les opposait en sa faveur : « Jaçoit, est-il dit dans ce mémoire, que lesdites lettres soient adressées au parlement de Provence et chambre des comptes dudit pays et ailleurs, ce néantmoins ne y en a eu aucune vérification, non pas même ne y ont été présentées, ce que toutes fois est réquis et nécessaire, tant de disposition de droit que par les ordres et usances du royaume et du pays de Provence ; et partant lesdites lettres demeurent encore sans effet aucun tant qu'elles soient vérifiées ».

En 1561, Charles IX, à l'occasion des plaintes et doléances faites aux états-généraux d'Orléans, contre le concordat, envoya le président du Ferrier en ambassade à Rome, et le chargea de représenter au pape l'invalidité du concordat, « qui ne peut maintenant préjudicier auxdits sujets, et moins aux libertés et privilèges de l'église gallicane, qui ne voulut oncques l'approuver, non plus que toutes les cours de parlement ne firent publier ledit concordat que par impression grande et comme par contrainte, et se refere aux mémoires et instructions que portait avec lui ce magistrat, et qu'il avoit retirés tant de la cour de parlement que d'ailleurs ».

Cet ambassadeur ainsi autorisé par le roi, et en même temps porteur du vœu de la nation assemblée en états-généraux, prit pour base du discours qu'il prononça devant le pape, cette maxime inviolable dans le royaume, que rien n'y a force de loi qu'il n'ait été vérifié au parlement ; d'où il conclut que le concordat destitué de cette forme essentielle, n'avait point acquis le caractère de loi. Toutes les personnes qui ont quelque connaissance de notre droit public, ont lu dans les *Preuves des libertés de l'église gallicane*, p. 22, n. 35, ce fameux passage du discours dont il s'agit : *nec esse existimandum de more recepta et publicata concordata ; nam moribus nostris et regum christianissimorum antiquis constitutionibus, in hunc usque diem religiosè observatis, nihil in Gallia publicè, quod ad sacras vel humanas res pertineat, pro lege statuitur, quod non sit parlamenti arresto publicandum. V. Lit de justice, Parlement* et *Remontrances*. (M.....)

[[Enfin, dans une réponse faite par Louis XV, le

Digitized by Google

6 avril 1763, à des remontrances du parlement de Dijon, il est dit « que sa majesté maintiendra toujours la nécessité des Enregistremens de ses édits, déclarations et lettres-patentes, avant qu'ils puissent être publiés et exécutés dans le ressort de ses cours...., et que si l'on voulait donner auxdits édits... une exécution publique..., de quelque manière que ce soit, sa majesté désapprouverait cette démarche qui serait contraire à l'intention où elle est de maintenir les lois concernant les Enregistremens ».

Mais, à compter du moment où le pouvoir législatif a cessé d'appartenir exclusivement au monarque, le droit que les parlemens avaient eu jusqu'alors d'enregistrer les lois, s'est converti en obligation de les faire simplement et sans délai transcrire dans leurs registres. C'est ce qu'a déclaré l'assemblée constituante par la loi du 5 novembre 1789. « Toute cour, même en vacations, tribunal, municipalité ou corps administratif qui n'auront pas inscrit sur leurs registres, dans les trois jours après la réception, et fait publier dans la huitaine, les lois faites par les représentans de la nation, sanctionnées ou acceptés et envoyés par le roi, seront poursuivis comme prévaricateurs dans leurs fonctions et coupables de forfaiture ».

V. Loi, Bulletin des lois, Décrets impériaux, etc.]]

[[ENREGISTREMENT (droit d'). C'est un droit qui se perçoit au profit du trésor public sur les mutations de propriété et sur les actes, à raison de l'Enregistrement qui se fait des uns et des autres, pour assurer leur existence et constater leur date.

Le droit d'Enregistrement a été établi par la loi du 5-19 décembre 1790, en remplacement de celui de centième denier et du contrôle des actes dont elle a prononcé l'abolition. — Les dispositions fiscales de cette loi, — développées d'abord par la loi additionnelle du 29 septembre-9 octobre 1791, — adaptées ensuite par celle du 9 pluviose an 4 à la dépréciation des valeurs dans lesquelles les stipulations avaient lieu à cette époque, — rétablies depuis par la loi du 19 thermidor an 4, mais avec des changemens et des modifications considérables; — changées et modifiées de nouveau dans plusieurs parties par la loi du 9 vendemiaire an 6, — ont été enfin abrogées, avec toutes les lois qui s'y rattachaient, par celle du 22 frimaire an 7, qui a fixé sur un plan nouveau les principes et le tarif aujourd'hui en vigueur pour la perception des droits d'Enregistrement.

La loi du 22 frimaire an 7 est composée de douze titres qui traitent distinctement, 1°. des droits et de leur application; 2°. des valeurs sur lesquelles le droit proportionnel est assis et de l'expertise; 3°. des délais pour l'Enregistrement; 4°, des bureaux où les actes et les mutations doivent être enregistrés; 5°. du paiement des droits; 6°. des peines; 7°. des obligations des fonctionnaires et des officiers publics; 8°. des droits acquis et des prescriptions; 9°. des poursuites et instances; 10°. de la fixation des droits; 11°. des exceptions; 12°. des lois précédentes sur la matière.

Cette loi et les additions qu'elle a reçues par celle du 27 ventose an 9, qui en forme le complément, sont trop généralement connues, pour qu'il soit besoin d'en donner l'analise. On se bornera donc ici à présenter les questions les plus importantes auxquelles leur application a jusqu'à présent donné lieu, indépendamment de celles qui sont traitées sous d'autres articles, tels que *Avocat*, §. 4; *Caution*, §. 7; *Command*, *Compensation*, §. 3, n. 3; *Contrainte* (Finances), *Date*, *Décès*, *Déclaration aux bureaux de l'Enregistrement*, *Défaut*, §. 6; *Donation*, sect. 1, §. 4, et sect. 6, §. 3; *Dot*, §. 2, n. 6; *Double écrit*; *Echange*, n. 6; *Faculté de rachat*, *Engagement d'immeubles*, n. 4; *Fiduciaire*, *Gains de survie*, *Institution contractuelle*, *Interruption de poursuites*, *Mutation*, *Partage*, *Succession* et *Vente*.

§. I. *La vente verbale d'un immeuble, avouée par les deux parties, mais non suivie de l'acte qu'il avait été convenu d'en dresser, ni de tradition réelle, est-elle soumise au droit proportionnel d'Enregistrement? Peut-on considérer la résolution volontaire de cette vente, comme une rétrocession passible d'un autre droit de la même nature?*

En fructidor an 12, convention verbale entre le sieur Gœury et le sieur Thil, par laquelle le 1er vend au second un moulin moyennant la somme de 11,525 francs, payable en plusieurs termes, dont le plus prochain échoira le 22 brumaire an 13, jour où les parties s'obligent de rédiger cette convention devant notaire. Dans le même moment, le sieur Thil paye au sieur Gœury 118 francs 50 centimes à titre d'arrhes; et quelques jours après, 71 francs 11 centimes, à compte du 1er terme. — Le 22 brumaire an 13, le sieur Thil refuse de payer le surplus et même de passer contrat. — Le sieur Gœury le fait citer devant le bureau de paix à l'effet de se concilier sur la demande qu'il se propose de former contre lui, pour le faire condamner à passer contrat ou à renoncer au bénéfice de la convention verbale, ainsi qu'à la répétition des arrhes et de l'à-compte qu'il a fourni sur le prix convenu. — Le sieur Thil comparait sur cette citation, et fait la renonciation à laquelle il est provoqué. Cette renonciation est, à l'instant même, acceptée par le sieur Gœury. — Question de savoir si pour l'Enregistrement du procès-verbal contenant ces déclarations respectives, le receveur peut exiger un droit proportionnel pour la vente et un pareil droit pour la résiliation?

Par jugement du 24 messidor an 13, le tribunal civil de Luxembourg juge pour la négative, « attendu que, quoiqu'il soit de principe établi, tant en droit que par le Code civil, qu'une vente est parfaite dès qu'on est convenu de la chose et du prix, ce principe souffre néanmoins une exception dans le cas où il a été convenu que le contrat sera

Digitized by Google

rédigé par écrit, parceque, conformément à la loi 17, *C. de fide instrumentorum*, la vente faite à cette condition, ne reçoit sa perfection qu'au moment de la rédaction du contrat et de la signature de toutes les parties contractantes; ce qui est d'autant plus nécessaire dans les ventes dont le prix excède la somme de 150 francs, que les parties ne sont pas admises à en établir la preuve autrement que par écrit; que la vente du moulin en question, ayant dû, après les conventions des parties, être passée devant notaire, et cette condition n'ayant pas été remplie, la vente n'a jamais eu sa perfection, et conséquemment la propriété du moulin n'a pas pu se transférer en exécution d'un marché qui n'a pas reçu son complément; — que les droits de mutations qui se perçoivent, présupposent le changement de propriété ou d'usufruit, sans lequel il n'existe pas de mutation: ce qui se confirme par l'art. 4 de la loi du 27 ventose an 9, lequel veut qu'il soit constaté des mutations de propriété ou d'usufruit, au moins par le changement des possesseurs, lorsqu'il ne peut en conster par écrit; — enfin qu'au défaut d'accomplissement de la clause sous laquelle la vente du moulin devait s'opérer, cette vente n'a pas eu lieu, les parties contractantes étant demeurées dans les termes d'un marché en suspens, et non definitivement arrêté; qu'il n'y a pas eu changement de propriété ni de possession dudit moulin, et qu'en conséquence il ne peut aussi y avoir lieu aux droits de mutation ».

La regie se pourvoit en cassation contre ce jugement, et expose que, suivant l'art. 1583 du Code Napoléon, « la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé n; qu'aux termes de l'art. 1589, « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix »; qu'ainsi, la perfection de la vente est indépendante de la tradition réelle; qu'il s'opère par le contrat ou par la promesse de passer contrat, une sorte de tradition civile qui consomme le transport de droit, et qui donne à l'acquéreur une action pour obtenir la tradition de fait, comme elle en donne une au vendeur pour se faire payer le prix; que du reste, l'écriture n'est pas de l'essence des conventions; et que les conventions verbales reconnues par les parties, sont aussi obligatoires que les conventions rédigées par écrit; que d'après ces principes, il est clair que le tribunal civil de Luxembourg a violé les art. 22 et 38 de la loi du 22 frimaire an 7, ainsi que l'art. 12 de celle du 27 ventose an 9.

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes qui admet le recours de la régie. — Les sieurs Gœury et Thil sont en conséquence assignés devant la section civile, mais ils ne comparaissent pas.

L'affaire portée à l'audience, M. Daniels observe, pour le ministère public, que

« Pour exiger le droit proportionnel, il faut de deux choses l'une, ou, que le vendeur et l'acquéreur *aient passé acte*, ou que l'acquéreur soit *entré en possession*; à défaut d'acte, c'est contre le *nouveau possesseur* seulement que la loi établit en principe, que la mutation sera suffisamment constatée pour la demande du droit d'Enregistrement, par des transactions ou d'autres actes constatant sa propriété ou son usufruit.

» Peu importe donc (ajoute-t-il) que le sieur Thil ait reconnu devant le bureau de conciliation, une convention purement verbale: il n'en est pas moins vrai qu'il était convenu entre les parties d'en passer un acte; que cet acte n'a pas été rédigé, et que le sieur Thil n'est jamais devenu *possesseur* du moulin. — Comment pourrait-on le condamner au paiement du droit proportionnel, et surtout du double droit?

» L'art. 4 de la loi du 27 ventose an 9, décide en termes formels, qu'à défaut d'actes, il y sera suppléé par des déclarations détaillées et estimations, *dans les trois mois de l'ENTRÉE EN JOUISSANCE*. — Le délai que la loi prescrit pour faire les déclarations, ne commence donc à courir que du jour où l'acquéreur, en vertu d'une convention purement verbale, *est entré en possession*.

» Le sieur Thil n'est jamais entré en possession du moulin. Il ne devait donc, à raison de son acquisition, aucun droit. La perception du droit proportionnel, s'il était dû, était du moins essentiellement subordonnée à la tradition reelle de la chose vendue.

» L'administration de l'Enregistrement oppose à cette conséquence l'art. 1583 du Code civil. — Il est vrai que, suivant cet article, la vente est parfaite, et la *propriété* est acquise de droit à *l'acheteur A L'ÉGARD DU VENDEUR*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. — Mais cette disposition a-t-elle dérogé aux lois sur l'Enregistrement? Nous ne le pensons pas. Après comme avant la publication du Code civil, le droit d'Enregistrement n'est dû que lorsque la mutation a été constatée par la délivrance de la chose et la prise de possession.

» Quel est, d'ailleurs, le sens de l'art. 1553 du Code civil? M. Maleville l'explique dans son Analyse, tome 4, page 333: — « La vente, dit-il, est parfaite entre l'acquéreur et le vendeur, par cela seul qu'ils sont convenus de la chose et du prix, et l'acheteur a toute *garantie* contre le vendeur, s'il est évincé par un *autre acquéreur* qui aura le premier pris *possession* de la chose; mais à l'égard de ce tiers, la vente n'est point parfaite, puisque c'est lui qui demeure *possesseur* ».

» Ainsi entendu, l'art. 1583 du Code civil n'établit pas un droit nouveau; il n'admet qu'un principe qui, de tout temps, a été regardé comme incontestable. — Les dispositions de cet article n'ont aucun rapport au droit d'Enregistrement, et dès-lors il est exact de dire qu'après comme avant

Digitized by Google

la publication du Code civil, il faut ou un acte de vente, ou la délivrance de la chose, pour que l'acquéreur soit assujetti au droit proportionnel, puisque ce n'est que du jour de son entrée en possession que court le délai fixé par l'art. 4 de la loi du 27 ventose an 9, pour le paiement de ce droit, et que par conséquent rien n'est dû lorsqu'il n'y a ni acte ni délivrance.

» D'après cela, il est inutile de discuter la question de savoir si le sieur Gœury devait payer un droit proportionnel pour la prétendue rétrocession. — En effet, où il n'y a pas cession donnant ouverture au droit proportionnel d'Enregistrement, il est impossible qu'il y ait rétrocession passible de ce droit. — Nous pensons donc que le tribunal civil de Luxembourg, en jugeant que les droits réclamés n'etaient pas dus, a fait une juste application des lois de la matière ».

Par arrêt du 3 septembre 1806, au rapport de M. Schwendt, « attendu que la prétendue vente verbale de fructidor an 12 n'etait pas pure et simple, mais conventionnelle, à la charge d'un acte de vente écrit; que cet acte, convenu entre les parties, n'a pas été passe; et qu'il n'est etabli ni par les demandeurs, ni par le procès-verbal en conciliation, ni par le jugement attaqué, que le prétendu acquéreur soit jamais entré en possession de l'objet de la convention; — attendu que, d'après ces faits, les droits proportionnels n'etaient pas exigibles, et qu'ils ne le sont pas plus pour la prétendue rétrocession, puisqu'elle ne peut avoir lieu où il n'y a pas de vente; — La cour rejette..... ».

§. II. 1°. *La résolution prononcée par jugement, d'un contrat de vente, pour défaut de paiement du prix dans le délai accordé à l'acquéreur déjà entré en possession, est-elle sujette au droit proportionnel d'Enregistrement?*

2°. *La résolution d'un contrat de vente opérée par l'acquiescement des vendeurs à la demande en rescision formée par l'acquereur encore mineur, pour cause de lesion, donne-t-elle ouverture à un droit proportionnel d'Enregistrement?*

I. La première de ces questions a été jugée pour l'affirmative par deux arrêts de la cour de cassation des 21 vendemiaire an 9 et 13 vendémiaire an 10, rapportes dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 8, pag. 75.

II. La deuxième question s'est présentée dans l'espèce suivante. — Le 18 pluviose an 8, François Michaud et Marie-Anne Tridon, sa femme, encore mineurs, acquièrent de Gabriel Bourbon, moyennant 9,300 fr., une tannerie située à Châtillon. — Le 25 frimaire an 9, ils font signifier à Bourbon un acte par lequel ils lui déclarent que, se trouvant lésés, ils sont dans l'intention de se pourvoir en rescision contre le contrat du 18 pluviose an 8. — Le 6 nivose suivant, Bourbon repond par un exploit signifié à Michaud et à sa femme, qu'ils ne peuvent se prévaloir de leur minorité pour faire rescinder l'acquisition d'un établissement relatif à leur commerce; que cependant il veut bien consentir au résilement du contrat, pourvu, 1°. que les choses lui soient rendues dans l'etat où elles se trouvaient au moment de la vente; 2°. qu'il lui soit également fait remise de tous les objets qui en faisaient partie; 3°. que les loyers de la tannerie lui soient payes pour tout le temps que les acquereurs ont joui, et cela d'après l'estimation qui en sera faite par un expert qu'il designe; 4°. que les acquéreurs supporteront tous les frais et toutes les dépenses auxquelles le contrat a donne lieu. — Le lendemain 7 nivose, Michaud et sa femme font signifier à Bourbon un acte par lequel ils acceptent les conditions qu'il propose, et adherent au choix de l'expert qu'il a nommé. — Le 24 pluviose suivant, ils font offrir réellement les clefs de la tannerie à Bourbon, qui les reçoit. — Une liquidation s'établit ensuite entre eux; et la somme a payer par Michaud et sa femme à Bourbon, est fixée a 725 fr. — A défaut de paiement de cette somme, Bourbon fait citer Michaut et sa femme devant le tribunal civil de l'arrondissement de Châtillon-sur-Seine, qui, par jugement du 28 prairial an 9, les condamne à la lui payer, sous la déduction de quelques à-compte qu'ils avaient fournis dans l'intervalle. — Le 28 messidor suivant, le receveur de l'Enregistrement au bureau de Châtillon-sur-Seine, decerne contre Michaud et sa femme, comme tenus, d'après leur exploit du 7 nivose, *de tous les frais de l'acte de vente et accessoires*, une contrainte à fin de paiement d'une somme de 390 francs, pour droit resultant de la rétrocession faite par eux à Gabriel Bourbon, de la tannerie qu'il leur avait précédemment vendue. — Michaud et sa femme forment opposition à cette contrainte; et le 3 brumaire an 11, jugement du tribunal de Châtillon, qui les décharge, « Attendu qu'un contrat fait par des mineurs, est radicalement nul; que la résolution d'un contrat pour cause de nullité radicale, n'est sujette qu'à un droit fixe d'Enregistrement; qu'il est constant que les mariés Michaud étaient mineurs lors de la vente à eux faite par Bourbon; que c'est la minorité des mariés Michaud qui a donné lieu à la résolution de cette vente; que la résolution n'est pas et ne peut être considerée comme une rétrocession; que la rétrocession suppose nécessairement la validité de l'acte qui a precédé, tandis que la résolution n'est que l'effet du vice de cet acte; que la loi du 22 frimaire an 7 ne comprend dans les actes sujets au droit principal de quatre francs, que les ventes, rétrocessions, etc., et ne fait pas mention des résolutions ». — Demande en cassation de la part de la regie de l'Enregistrement.

« Le sort de cette demande (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 5 germinal an 13), est subordonné au caractère des actes par lesquels Michaud et sa femme, d'une part, et Gabriel Bourbon, de l'autre, ont respectivement demandé et consenti en l'an 9,

Digitized by Google

la résolution du contrat de vente qui avait été passé entre eux le 18 pluviose an 8.

» Si ces actes peuvent être assimilés à un *jugement portant résolution de contrat pour cause de nullité radicale*, le n°. 7 du §. 3 de l'art. 68 de la loi du 22 frimaire an 7 ne les assujettit qu'à un droit fixe de trois francs; mais s'ils ne sont, dans la réalité, qu'un résiliement volontaire, qu'une *rétrocession*, l'art. 69, §. 7, n°. 1er, de la même loi en fait nécessairement dériver un droit proportionnel de $\frac{1}{4}$ pour 100.

» Or, 1°. il est clair que ce n'est pas *pour cause de nullité radicale* qu'a été résolu le contrat de vente du 18 pluviose an 8. Ce contrat n'était nul sous aucun rapport. La minorité de Michaud et de sa femme les rendait bien incapables d'aliéner, mais non pas d'acquérir; ils pouvaient acquérir par cela seul qu'ils pouvaient contracter; et certainement ils pouvaient contracter, quoi qu'en ait dit le tribunal de première instance de Châtillon, puisqu'ils étaient hors de tutelle, et qu'aux termes de la loi 101, *de verborum obligationibus*, au Digeste, *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*: disposition qui s'applique avec d'autant plus de force à Michaud et à sa femme, qu'émancipés par leur mariage, ils n'avaient pas même de curateurs à l'époque où ils ont traité avec Gabriel Bourbon.

» Il est vrai que Michaud et sa femme pouvaient, à raison de leur minorité, et en prouvant qu'ils avaient été lésés, obtenir la rescision de leur contrat d'acquisition. Mais rescinder un contrat, ce n'est point le déclarer *radicalement nul*; c'est, au contraire, le juger valable dans son principe, c'est juger qu'il a existé légalement, et qu'il doit seulement cesser à l'avenir d'avoir son exécution.

» Nous savons bien que, relativement aux droits de mutation qui, sous le régime féodal, étaient perçus par les ci-devant seigneurs, on ne mettait aucune différence entre la rescision prononcée pour cause de lésion, et la résolution ordonnée pour cause de nullité radicale; que dans un cas comme dans l'autre, le seigneur ne pouvait pas exiger de lods et ventes pour la rentrée du vendeur dans son bien; et que même il était tenu de restituer ceux qu'il avait touchés sur le prix du contrat rescindé ou résolu depuis.

» Mais la loi du 22 frimaire an 7 est à cet égard plus favorable au fisc que ne l'étaient aux ci-devant seigneurs les coutumes et la jurisprudence des arrêts. Elle considère comme mutation proprement dite, toute résolution de contrat qui n'est point motivée par une *nullité radicale*; et, encore une fois, il n'y a point de nullité radicale dans un contrat que l'on est réduit à arguer de lésion.

» 2°. Quand on voudrait, dans l'espèce actuelle, assimiler la lésion à une nullité radicale, Michaud et sa femme n'en seraient pas plus avancés. Ce n'est point par un jugement que leur contrat a été résolu, il l'a été par des actes extrajudiciaires; et non seulement la loi du 22 frimaire an 7, art. 68, §. 3, n°. 7, n'accorde l'exemption du droit proportionnel qu'aux *jugemens portant résolution*; mais il était même de règle, sous le régime féodal, que les seigneurs perçussent leurs droits de lods et ventes sur les résolutions de contrats qui n'étaient pas prononcées par les tribunaux en connaissance de cause. — « Pour exclure le seigneur de la demande des lods (dit l'additionnaire de Boutaric, chap. 3, §. 13, n. 36), et plus encore pour l'obliger de rendre ceux qui lui ont été payés, il faut que la nullité ou la cassation aient été prononcées par un jugement contradictoire. Une nullité déclarée par simple convention ou par jugement volontaire, ne ferait pas foi contre le seigneur; et il en faut revenir à prouver avec lui que le contrat est réellement nul ou cassable. Il n'est pourtant pas nécessaire, comme l'a prétendu Coquille, que le seigneur ait été appelé dans l'instance ». — Les mêmes principes nous sont retracés par Foumaur, dans son Traité des lods et vente, n. 707, 709 et 710: « Si la vente (dit-il) a été rescindée en contradictoire défense et avec connaissance de cause, et non par un jugement d'expédient, le jugement rendu contre l'acheteur principal, vaut contre le seigneur.... Un jugement rendu par défaut et sans défenses, n'a d'autorité que contre ceux avec lesquels il a été rendu. Si donc la vente a été rescindée ou annullée par un jugement pareil, il ne prouve rien contre le seigneur.... Un jugement volontaire on d'expédient est un accord revêtu du sceau de l'autorité judiciaire; en sorte qu'il n'en a aucune à l'égard d'un tiers qui n'a pas été partie lors de cet accord. Si donc la vente a été rescindée ou annullée par un pareil jugement, il ne vaut, à l'égard du seigneur, que comme un accord ».

» Ainsi, deux raisons également invincibles se réunissaient, devant le tribunal de première instance de Châtillon-sur-Seine, pour faire condamner Michaud et sa femme au paiement du droit réclamé par la régie de l'Enregistrement. — D'une part, il n'existe point de jugement qui ait résolu le contrat de vente du 18 pluviose an 8; la résolution que les parties en ont faite, a été purement volontaire; elle équivaut conséquemment à une revente; et par une conséquence ultérieure, il en est dû un droit proportionnel de mutation. — D'un autre côté, quand le contrat de vente du 18 pluviose an 8 aurait été résolu par un jugement, il ne l'eût pas été, il n'eût pas pu l'être, pour cause de nullité radicale; il ne l'eût été, il n'eût pu l'être, que pour cause de lésion; et dès-là, le jugement qui en eût prononcé la résolution, ne pouvant pas se classer dans le n°. 7 du §. 3 de l'art. 68 de la loi, il faudrait nécessairement lui appliquer la disposition générale et indéfinie du n°. 1er du §. 7 de l'art. 69, qui soumet au droit proportionnel tous *les actes judiciaires translatifs de propriété*.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuller le jugement dont il s'agit ».

Arrêt du 5 germinal an 13, au rapport de M. Busschop, par lequel, — « Vu l'art. 68, §. 3, n°. 7, de la loi du 22 frimaire an 7; et l'art. 69, §. 7, n°. 1, de

Digitized by Google

la même loi ; — Considérant qu'il résulte des dispositions de l'art. 68 ci-dessus cité, que, pour que la résolution d'un contrat ne donne lieu qu'à la perception d'un droit fixe d'Enregistrement, il faut, non seulement que cette résolution soit prononcée par un jugement, mais aussi qu'elle ait pour cause une nullité *radicale* ; — Considérant que la résolution du contrat de vente dont il s'agit, n'a point été prononcée par jugement, mais qu'elle s'est faite par le consentement volontaire des parties ; — Que d'ailleurs l'acquisition faite, en vertu dudit contrat de vente, par les maries *Michaud*, au temps de leur minorité, n'était point *radicalement* nulle, mais seulement sujette à rescision ; qu'ainsi la résiliation de vente, qui s'est opérée dans l'espèce actuelle, ne peut être regardée que comme une nouvelle transmission d'immeubles à titre onéreux, sujette par conséquent au droit proportionnel de 4 pour 100, établi par ledit art. 69 ; — D'où il suit qu'en déboutant la régie de sa demande en paiement des droits proportionnels, sur le motif qu'il n'était dû qu'un droit fixe, le tribunal d'arrondissement de Châtillon a faussement appliqué l'art. 68, et a violé en même temps l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7 ; — La cour casse et annulle... ».

§. III. 1°. *Un acte sous seing-privé, portant qu'une vente faite par un acte public du même jour, est feinte et simulée, doit-il être considéré comme une simple déclaration sujette au droit fixe d'un franc, ou comme une rétrocession sujette à un droit proportionnel ?*

2°. *Un acte translatif de propriété est-il soumis au droit proportionnel d'Enregistrement, quoiqu'il soit dans une forme qui en emporterait la nullité, s'il était attaqué par l'une des parties ?*

3°. *Est-il soumis à ce droit, lorsqu'étant synallagmatique et se trouvant entre les mains de la partie au profit de laquelle il a été passé, il n'est pas signé d'elle, mais seulement de l'autre partie ?*

4°. *Celui qui étant poursuivi, comme acquéreur d'un immeuble, en paiement des droits de mutation dus à la régie de l'Enregistrement, ne nie pas son acquisition, et se borne à soutenir qu'elle est nulle, peut-il être déchargé par le juge, sur le fondement que ce n'est pas lui, mais un tiers qui est acquereur ?*

5°. *Les nullités de forme de la signification d'une contrainte se couvrent-elles par l'opposition basée uniquement sur des moyens tirés du fond ?*

6°. *La régie de l'Enregistrement peut-elle, à l'appui d'une contrainte décernée pour une mutation qui est déniée, invoquer des actes postérieurs à cette contrainte, qui prouvent qu'en effet la mutation a eu lieu ?*

Le 21 fructidor an 10, acte notarié, par lequel les sieurs Jean-Dominique Gay et Blachier, négocians associés, vendent au sieur Fomeri le domaine de Rocca-delle-Donne, situé dans l'arrondissement de Turin. — Le même jour, autre contrat également notarié, par lequel Jean-Dominique Gay vend à Bernardin Gay, son père, un domaine situé à Montcalieri, dans le même arrondissement.

Le 14 brumaire an 11, sont présentés à l'Enregistrement au bureau de Turin, deux actes sous seing-privé, datés du 21 fructidor an 10, c'est-à-dire du même jour que les deux contrats dont on vient de parler. — Par l'un, le sieur Fomeri déclare, avec promesse d'en passer acte devant notaire à la première réquisition, que la vente qui paraît lui avoir été faite par contrat public du même jour, est purement simulée ; qu'elle n'a été faite que pour des causes qui lui sont personnelles ; qu'il n'a rien payé, pour raison de cette prétendue vente, à la compagnie Gay et Blachier ; qu'ainsi, cette vente doit être considérée comme non avenue. Les sieurs Gay, Blachier et compagnie acceptent cette déclaration ; et ils la signent, ainsi que le sieur Fomeri et deux témoins. — Par l'autre, Bernardin Gay fait la même déclaration en faveur de Jean-Dominique Gay son fils, relativement au deuxième contrat notarié du même jour ; mais il la signe seul ; la signature de Jean-Dominique Gay n'y paraît point. — En présentant ces deux actes au bureau de Turin, le porteur prétend que comme simples déclarations, ils ne doivent que le droit fixe d'Enregistrement. Le receveur dresse procès-verbal de cette prétention, et observe qu'elle est mal fondée, attendu que ces actes étant de véritables rétrocessions, sont nécessairement sujets au droit proportionnel réglé par l'art. 69, §. 7, n.1, de la loi du 22 frimaire an 7.

Le 22 frimaire an 11, la régie de l'Enregistrement fait signifier aux sieurs Gay et Blachier, *parlant à Gay pour la société*, une contrainte en paiement, 1°. de 3620 francs pour le premier des actes sous seing-privé ; 2°. de 2250 francs pour le deuxième ; 3°. du double droit pour l'un et l'autre, si la compagnie n'acquitte pas les deux sommes dans le délai de trois mois, à compter du 21 fructidor an 10. — Le 7 floréal an 11, nouvelle contrainte en paiement d'une somme de 12720 francs pour le tout. Le 19 du même mois, les sieurs Gay, Blachier et compagnie, faisant *élection de domicile chez le sieur Abbate, leur avoué au tribunal civil de Turin*, forment à ces deux contraintes une opposition qu'ils fondent sur deux moyens : 1°. les deux écrits sous seing-privé du 21 fructidor an 10, ne contiennent que des déclarations pures et simples ; 2°. les constitutions piémontaises annullent tous les actes sous seing privé qui portent transmission de propriétés immobilières. (*V. Acte sous seing-privé*, §. 2.)

Le même jour 19 floréal an 11, Jean-Dominique Gay, stipulant au nom de la société Gay et Blachier, passe devant notaires un acte par lequel, reconnaissant devoir au sieur Pancrazi une somme de 7200 fr., il lui donne en hypothèque spéciale les immeubles de Rocca-delle-Donne, qui, par le premier des deux écrits-sous seing-privé du 21 fructidor an 10, est déclaré appartenir encore aux sieurs Gay, Blachier et compagnie, nonobstant la vente qu'ils pa-

Digitized by Google

raissent en avoir faite le même jour au sieur Fomeri. — La régie produit cet acte comme une nouvelle preuve que le premier des deux écrits sous seing privé du 21 fructidor an 10, a réellement opéré une rétrocession de propriété.

Le 12 fructidor an 11, jugement par lequel, — « sans examiner si l'article des constitutions piémontaises qui annulle les actes sous seing-privé, portant aliénation d'immeubles, est encore en vigueur dans la 27e division militaire; — Considérant que les deux écritures du 21 fructidor an 10 dont il s'agit, ne contiennent aucune mutation de propriété, mais seulement de simples déclarations des cit. Fomeri, Gay et Blachier; que les allégations y contenues pourraient, en tout cas, uniquement fournir à la société Gay et Blachier, et à Jean-Dominique Gay, des moyens pour attaquer en jugement par nullité radicale les contrats publics de vente du même jour; que les jugemens portant annullation de contrats de vente par nullité radicale, ne pourraient, selon l'art. 68, §. 1, n. 23 et 41, de la loi du 22 frimaire an 7, être assujettis qu'aux droits fixes; que les parties elles-mêmes, persuadées de l'inefficacité de leurs écrits sous seing-privé du 21 fructidor an 10, pour opérer transmission de propriété, ont promis de passer les rétrocessions par actes publics; que quoique Jean-Dominique Gay, tant pour lui que pour Charles Blachier, son associé, ait, après ladite écriture, hypothéqué spécialement la possession dite la Rocca-delle-Donne, en faveur du cit. Paucrazi, laquelle possession il avait vendue à Fomeri, par acte public du 21 fructidor, cet acte seul cependant ne serait pas suffisant par lui-même pour établir la preuve de la rétrocession prétendue par l'administration de l'Enregistrement, d'après l'art. 12 de la loi du 21 fructidor an 7; parcequ'à défaut de transcription de l'instrument public du 21 fructidor an 10, cette hypothèque n'a pu avoir lieu; — Considérant au surplus que pour ce qui est de la déclaration passée par Gay père, en faveur de son fils émancipé, que celui-ci ne l'a pas signée; que d'ailleurs il ne conste nulle part qu'il y ait consenti ou fait quelque démarche ou acte par lequel la rétrocession de l'immeuble puisse être présumée aux termes de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que lesdites écritures ne contiennent rien qui puisse les faire ranger dans la classe des contre-lettres prohibées par l'art. 40 de la même loi; que cet article ne porte que sur les contre-lettres qui ont pour objet une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte privé précédemment enregistré; et qu'en principe, on ne peut pas étendre les lois pénales d'un cas prévu à un cas non prévu; — Le tribunal (civil de Turin) absout la *société Gay et Blachier* des demandes de l'administration de l'Enregistrement ».

Recours en cassation contre ce jugement; et le 14 ventose an 13, au rapport de M. Bauchau, arrêt par lequel, — « Vu la loi du 22 frimaire an 7, art. 12 et 69, §. 7, n. 1; — Considérant qu'il est constant, 1°. que deux domaines ont été vendus par la compagnie Gay et Blachier, par actes publics passés devant notaires, à Turin, le 21 fructidor an 10; 2°. que les mêmes Gay et Blachier ont hypothéqué les mêmes domaines le 19 floréal an 11; 3°. qu'ils en ont afferme un le 2 pluviose an 12; — Considérant qu'aux termes de l'art. 12 ci-dessus transcrit, ces faits bien constatés, suffisent pour établir que Gay et Blachier ont récupéré la propriété des domaines aliénés le 21 fructidor an 10; — Considérant que les actes sous seing-privé portant que les aliénations n'ont été que feintes et simulées, ne peuvent détruire la foi qui est due à des actes publics et authentiques; qu'ils ne peuvent être envisagés que comme contenant revente ou retrocession; qu'à tort le tribunal de première instance de Turin les a considérés comme des déclarations pures et simples; que par suite de cette erreur, il a contrevenu aux art. 12 et 69 de la loi du 22 frimaire an 7, ci-dessus transcrits, et qu'il a fait une fausse application de l'art. 68, §. 1, n. 23, de la même loi; — Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement rendu par ce tribunal, le 12 fructidor an 11, et dont il s'agit; renvoie les parties devant le tribunal de première instance séant à Suze, pour leur être fait droit comme en justice appartiendra.... »

En exécution de cet arrêt, l'affaire est portée devant le tribunal civil de Suze, où, par jugement du 29 brumaire an 14, les sieurs Gay et Blachier, quoique défaillans, sont encore déchargés des poursuites de la régie. — On verra tout à l'heure quels sont les motifs de ce jugement.

La régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 14 juillet 1806, elle est autorisée à *citer la société Gay et Blachier devant les sections réunies*.

Le 30 septembre suivant, cet arrêt est signifié, avec assignation devant les sections réunies, *tant à la compagnie Gay et Blachier, qu'au sieur Abbate, son avoué, demeurant à Turin, en son domicile, parlant audit sieur Abbate*. En vain le sieur Abbate représente-t-il à l'huissier que *M. Jean-Dominique Gay, principal de la ci-devant compagnie Gay et Blachier, demeure maintenant à Paris, et qu'il n'a plus depuis long-temps aucun rapport ni communication avec lui*. L'huissier n'en persiste pas moins dans sa signification; et il lui en délivre trois copies, *l'une pour lui, comme avoué, et deux autres pour Gay et Blachier*.

L'affaire en cet état est portée à l'audience des sections réunies, du 7 août 1807, où ne se présentent ni le sieur Gay, ni le sieur Blachier.

« La non comparution des sieurs Gay et Blachier (ai-je dit à cette audience), nous impose le devoir d'examiner si la régie de l'Enregistrement a rempli envers eux l'obligation que lui imposait le réglement de 1738, sous peine de déchéance, de leur faire signifier l'arrêt qui a admis sa requête, dans les trois mois au plus tard à compter du jour de cet arrêt.

» Elle a bien fait signifier cet arrêt dans les trois

Digitized by Google

mois de sa date; mais s'il n'y a rien à lui reprocher quant à la date de cette signification, s'est-elle également mise en règle quant à la forme; et peut-on dire qu'elle ait fait faire cette signification aux sieurs Gay et Blachier ?

» Signifier un arrêt qui admet une requête en cassation, et ajourner la partie contre laquelle cet arrêt a été obtenu, à comparaître devant la cour, c'est absolument la même chose. Or, tout ajournement introductif d'une instance, doit être donné à personne ou à domicile; et ici, ce n'est ni à la personne ni au domicile des sieurs Gay et Blachier, c'est à la personne et au domicile du sieur Abbate, avoué à Turin, qu'a été douné l'ajournement, qu'a été faite la signification dont l'exploit est sous vos yeux: cette signification, cet ajournement sont donc radicalement nuls.

» Il est vrai que le 13 floréal an 11, par leur acte d'opposition aux contraintes décernées contre eux par la régie, les sieurs Gay et Blachier avaient élu domicile chez le sieur Abbate, leur avoué au tribunal civil de Turin. Mais si par-là ils avaient autorisé la régie à leur faire, au domicile du sieur Abbate, telles significations qu'elle jugerait à propos dans l'instance alors pendante devant le tribunal civil de Turin, ils ne l'avaient certainement pas autorisée à leur faire au même domicile des significations qui n'auraient plus cette instance pour objet, des significations postérieures au jugement qui mettrait fin à cette instance, des significations, en un mot, qui n'auraient rien de commun avec la fin qu'ils s'étaient proposée en élisant domicile chez le sieur Abbate, ou ce qui est la même chose, en donnant au sieur Abbate une procuration pour recevoir tous les actes, tous les exploits qui leur seraient notifiés pendant qu'ils plaideraient, par son ministère, devant le tribunal civil de Turin.

» Aussi avez-vous perpétuellement jugé que l'on doit regarder comme nulles les significations d'arrêts d'admission faites au domicile précédemment élu par les défendeurs chez les avoués qui ont occupé pour eux dans les tribunaux dont les jugemens sont attaqués par la voie de la cassation; et de cette jurisprudence, trop constante pour qu'il soit besoin d'en retracer ici les preuves (*V. Domicile élu*, §. 1), il suit nécessairement que tout ce que vous avez à faire sur le recours en cassation de la régie, c'est de l'en déclarer déchue.

» Mais la déchéance de la régie ne fait pas cesser l'intérêt que la loi peut avoir à l'annullation du jugement qui vous est dénoncé, et nous n'en devons pas moins soumettre ce jugement au creuset de la loi elle-même.

» Pour décharger la compagnie Gay et Blachier des poursuites de la régie, le tribunal de Suze s'est fondé sur cinq motifs qu'il faut bien distinguer.

» Il les en a déchargés, tant par rapport au domaine de Rocca-delle-Donne, que par rapport au domaine de Moncalieri, 1°. parceque l'exploit portant signification de la contrainte de la régie, du 7 floréal an 11, était, suivant lui, nul dans la forme; 2°. parceque les deux actes sous seing-privé du 21 fructidor an 10, par cela seul qu'ils étaient sous seing-privé, devaient, d'après les constitutions piémontaises, être considérés comme non avenus.

» Il les en a déchargés par rapport au domaine de Rocca-delle-Donne en particulier, parceque les actes publics de propriété que la régie avait prouvé avoir été faits sur ce domaine par la compagnie Gay et Blachier, en conséquence de l'un des écrits sous seing-privé du 21 fructidor an 10, étaient postérieurs à la contrainte du 7 floréal an 11.

» Et quant au domaine de Moncalieri, il les en a déchargés, 1°. parceque la déclaration contenue dans l'écrit sous seing-privé du 21 fructidor an 10 relatif à ce domaine, avait été faite, non au profit de la compagnie Gay et Blachier, mais au profit de Jean-Dominique Gay fils personnellement; 2°. parceque cette déclaration ne portait que la signature de Beruardin Gay, et que rien ne prouvait, à défaut de la signature de Jean-Dominique Gay fils, que celui-ci l'eût jamais acceptée.

» Reprenons successivement chacun de ces cinq motifs.

» Et d'abord, l'exploit de signification de la contrainte du 7 floréal an 11, était-il nul dans la forme, comme l'a prétendu le tribunal civil de Suze? C'est ici une question fort indifférente. Si cet exploit était nul, il était bien sûrement au pouvoir des sieurs Gay et Blachier de renoncer au droit d'en demander l'annullation; il était bien sûrement au pouvoir des sieurs Gay et Blachier de le tenir pour valable. Or, les sieurs Gay et Blachier ont usé à cet égard de la faculte que leur laissait la loi. Sans examiner si l'exploit était régulier ou non, ils l'ont tenu pour régulier; ils ont fourni leurs moyens au fond; et par là certainement ils en ont couvert la nullité prétendue. Cela résulte de l'art. 5 du tit. 5 de l'ordonnance de 1667; et le tribunal civil de Suze a évidemment contrevenu à cet article en prononçant d'office une nullité à laquelle les sieurs Gay et Blachier n'avaient pas conclu, non seulement devant le tribunal civil de Turin, mais même devant lui, puisque devant lui ils étaient défaillans.

» Ensuite, il est vrai que les deux actes sous seing-privé du 21 fructidor an 10 ont été passés sous le régime des constitutions piémontaises, et que, suivant ces lois, liv. 5, tit. 22, ch. 4, art. 1, *tous les contrats entre-vifs* étaient *nuls*, s'ils n'étaient *faits par instrument public*. Mais la nullité n'en était pas absolue; les parties intéressées pouvaient la couvrir par leur consentement; et tant qu'elle n'était pas prononcée, les actes sous seing-privé ne laissaient pas d'avoir leur plein effet. — Or, un contrat translatif de propriété immobilière est-il affranchi des droits d'Enregistrement, par cela seul qu'il peut être déclaré nul? Non certainement. — Par cela seul au contraire qu'il existe, il est soumis aux droits d'Enregistrement ni plus ni moins que s'il était inattaquable; et la cour l'a ainsi jugé non seulement par l'arrêt du 10 pluviose an 13, que M. le rapporteur vous a rappelé; mais encore

Digitized by Google

par celui qui a été rendu au rapport de M. Henrion, le 24 juin 1806. (*V. Double écrit*, n. 9.)

» En troisième lieu, est-ce bien sériensement que le tribunal civil de Suze a écarté l'acte d'hypothèque du 19 floréal an 11 et le bail à ferme du 2 pluviose an 12, sur le fondement qu'ils sont postérieurs à la contrainte décernée par la régie contre la compagnie Gay et Blachier? Où est-il écrit que la régie ne peut pas invoquer à l'appui de ses contraintes, des actes passés depuis qu'elle les a décernées? Qu'est-ce qu'une contrainte? rien autre chose qu'une demande judiciaire. Eh bien! si, après avoir formé contre vous une demande judiciaire en paiement d'une somme que je soutiens vous avoir prêtée et dont je n'ai qu'un commencement de preuve, je viens à découvrir que, pendant l'instance, vous avez passé des actes par lesquels vous avez reconnu ma créance, ne pourrai-je pas me servir de ces actes contre vous, et ne dicteront-ils pas forcément votre condamnation? Et pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre espèce? Sans doute, comme l'a dit le tribunal de Suze, « le plaideur qui a intenté une action vicieuse dans son origine, ne peut pas en corriger le vice par le nouveau titre qu'il se procure ensuite; et ce nouveau titre ne peut lui être utile que pour intenter une nouvelle action ». Mais autre chose d'intenter une action vicieuse, autre chose est d'intenter une action qui, encore que bien fondée en soi, n'est pas encore accompagnée de toutes les preuves qui doivent en assurer le succès. Celle-là ne peut pas être rectifiée par des titres postérieurs; mais celle-ci peut et doit rénssir, si les prenves dont elle manquait dans son origine, apparaissent dans le cours du procès. C'est ainsi que tous les jours, nous voyons les tribunaux condamner des parties d'après les seuls aveux qu'elles ont faits devant eux, quoique bien sûrement ces aveux n'existassent pas encore au moment où les poursuites ont été commencées. — Et cet exemple reçoit ici une application directe; car ce n'est pas comme titres primordiaux de sa contrainte, que la régie a invoqué l'acte d'hypothèque du 19 floréal an 11 et le bail du 2 pluviose an 12; non, elle ne les a invoqués que comme des preuves que sa contrainte reposait sur un fait constant, sur une mutation de propriété dont ils ne permettent plus de douter, sur une mutation de propriété qu'ils snpposent nécessairement antérieure à leurs dates respectives.

» Quatrièmement, en ce qui concerne le domaine de Moncalieri, de quel droit le tribunal de Suze a-t-il créé en faveur de la compagnie Gay et Blachier, une fin de non-recevoir, que non seulement elle n'invoquait pas devant lui, mais qu'elle n'avait même pas invoqué devant le tribunal de Turin? La compagnie Gay et Blachier avait, devant le tribunal de Turin, défendu à la demande de la régie de l'Enregistrement, pour le domaine de Moncalieri comme pour celui de la Rocca-delle-Donne; elle avait soutenu devant le tribunal de Turin, non pas que le domaine de Moncalieri ne lui avait jamais appartenu, non pas qu'il n'avait jamais appartenu qu'à Jean-Dominique Gay, l'un de ses membres; mais qu'il n'était pas rentré dans la propriété sociale par l'effet du second acte sous seing-privé du 21 fructidor an 10; mais que cet acte sous seing-privé étant nul, aux termes des constitutions piémontaises, n'avait pas pu opérer, en la faveur de la société, la résolution du contrat notarié du même jour. Et par-là, elle avait bien clairement reconnu que si le domaine de Moncalieri n'avait été vendu que par Jean-Dominique Gay, il ne l'en avait pas moins été au nom et pour le compte de la société; elle avait bien clairement reconnu que si l'acte sous seing-privé du 21 fructidor an 10 pouvait donner lieu à un droit de mutation, ce droit ne pouvait être qu'à la charge de la société. — D'ailleurs, de quelle nature était l'action de la régie en paiement de ce droit? Bien sûrement elle était réelle. Or, il est de principe que tout homme qui, poursuivi par une action réelle, sans posséder la chose qui en est l'objet, n'excipe pas de sa non possession, et fournit ses défenses comme s'il était réellement possesseur, ne peut pas ensuite demander congé de l'instance, sur le fondement qu'il ne possède pas, et qu'il doit être condamné comme s'il possédait. *Is qui se liti obtulit sine causâ, cùm non possideret, nec dolo fecisset quominùs possideret, et actor ignoret, non est absolvendus, et hoc post litem contestatam.* Ce sont les termes de la loi 25, D. *de rei vindicatione*. Et à combien plus forte raison les juges ne peuvent-ils pas l'absoudre d'office, lorsque lui-même n'excipe pas de sa non possession, lorsque, pendant toute l'instance, il reconnaît lui-même que c'est lui qui possède?

» Cinquièmement enfin, qu'importe, relativement encore au domaine de Moncalieri, que le second acte sous seing-privé du 21 fructidor an 10 ne portât que la signature de Bernardin Gay, acquéreur de ce domaine par le contrat public du même jour? Qnimporte que cet acte ne fût pas en même temps signé de Jean-Dominique Gay fils, vendeur de ce domaine par le même contrat public? Sans donte, si cet acte était resté entre les mains de Bernardin Gay, Bernardin Gay n'aurait pas pu opposer cet acte à son fils, pour se dispenser d'exécuter le contrat public. Mais si cet acte était passé des mains de Bernardin Gay dans celles de son fils, très certainement il aurait formé pour son fils un titre translatif de propriété; ou du moins, ce qui revient au même pour le droit d'Enregistrement, son fils en aurait tiré la preuve que le contrat public n'était pas sérieux; et Bernardin Gay n'aurait pn combattre cette preuve qu'en attaquant l'acte comme dénué de l'authenticité requise par les constitutions piémontaises dans les transactions immobilières, c'est-à-dire, qu'en faisant valoir contre cet acte une de ces exceptions qui n'empêchent pas que le droit d'Enregistrement ne soit dû pour raison des actes auxquels on les oppose. Or, cet acte n'est-il pas véritablement passé

Digitized by Google

des mains de Bernardin Gay dans celles de Jean-Dominique Gay son fils? Et comment pourrait-on en douter? — 1°. Cet acte a été présenté à l'Enregistrement par l'avoué de la compagnie Jean-Dominique Gay et Blachier. C'est donc la compagnie Jean-Dominique Gay et Blachier qui est censée l'avoir présenté elle-même à l'Enregistrement. C'était donc entre les mains de la compagnie Jean-Dominique Gay et Blachier qu'il existait alors; il n'était donc plus alors au pouvoir de Bernardin Gay. — 2°. Quel intérêt Bernardin Gay pouvait-il avoir à faire enregistrer cet acte? Aucun. S'il n'avait point d'intérêt à le faire enregistrer, ce n'est donc pas lui qui peut être censé l'avoir fait présenter à l'Enregistrement. Et si ce n'est pas lui qui l'a fait présenter à l'Enregistrement, c'est donc ou son fils ou la compagnie dont son fils était membre.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu, vu la nullité de la signification de l'arrêt portant admission du recours de la régie de l'Enregistrement, de déclarer la régie déchue du bénéfice de cet arrêt; et néanmoins, faisant droit sur nos conclusions, casser et annuller, pour l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal civil de Suze du 29 brumaire an 14, en ce qu'il décharge la compagnie Gay et Blachier des droits d'Enregistrement réclamés contre elle, tant pour raison de l'acte sous seing-privé du 21 fructidor an 10, relatif au domaine de Rocca-delle-Donne, que pour raison de l'acte sous seing-privé du même jour, relatif au domaine de Moncalieri; et d'ordonner qu'à notre diligence, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres du tribunal civil de Suze ».

Arrêt du 7 août 1807, au rapport de M. Botton-Castellamonte, par lequel, — « Vu l'art. 30 du tit. 15 du règlement de 1738; attendu que l'arrêt d'admission dont il s'agit, n'a été signifié ni à la personne, ni à un domicile réel ou élu de la compagnie Gay et Blachier; la cour déclare la régie déchue de sa demande en cassation, la condamne à l'indemnité de 75 francs envers la compagnie Gay et Blachier, et aux coûts d'expédition et de signification du présent arrêt; — Et faisant droit sur les réquisitions du procureur général impérial; — Vu l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7; et attendu que les deux actes notariés du 21 fructidor an 10 prouvent, que la compagnie Gay et Blachier avait vendu à Fomeri le domaine de Rocca-delle-Donne, et que Gay fils, associé de la compagnie, avait vendu à son père le domaine de Moncalieri; que cela posé, les deux actes sous seing-privé dont il s'agit, suffisaient, aux termes de l'art. 12 précité, à la régie pour établir qu'il y avait eu retrocession en faveur des vendeurs, et par conséquent mutation de propriété; que relativement au domaine de Rocca-delle-Donne, cette mutation était encore constatée par les actes d'hypothèque, et de bail à ferme, qui avaient suivi les deux déclarations sous seing-privé; — Que la prétendue nullité des exploits de la régie, si elle avait existé, se trouvait couverte par le silence de la compagnie à ce sujet, et par sa défense au fond dans l'instance devant le tribunal de Turin; — Que la compagnie Gay et Blachier avait implicitement reconnu que les actes en question la concernaient, même à l'égard du domaine de Moncalieri; car elle avait défendu au fond de la demande dirigée contre elle dans l'instance susenoncée, sans proposer l'exception relative à la prétendue propriété de Gay fils; exception, qui n'a pu ni dû être élevée d'office par le tribunal de Suze sur un point de fait personnel à la partie; — Que quoique ni la compagnie ni Gay fils n'aient signé la déclaration concernant le susdit domaine, la compagnie y avait cependant acquiesce, et en avait profité, dès-lors que cette déclaration, présentée en son nom à l'Enregistrement, se trouvait entre ses mains; — Qu'enfin, en admettant même que les deux déclarations sous seing-privé puissent être attaquées, comme nulles, la rétrocession n'en avait pas moins existé, et eu son effet dans l'intention des parties; — Attendu que dans cet état de choses, le jugement dénoncé a contrevenu aux art. 12 et 69 de la loi précitée; — La cour, sections réunies, casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, le jugement rendu par le tribunal de Suze le 29 brumaire an 14.... ».

§. IV. 1°. *Est-il dû un droit proportionnel d'Enregistrement sur les actes passés en pays étranger ou dans les colonies, lorsqu'on en fait usage en France, et qu'ils ont pour objet des immeubles situés dans les colonies ou en pays étranger?*

2°. *Ce droit proportionnel est-il dû pour les actes passés en France, qui ont pour objet des immeubles situés en pays étranger ou dans les colonies?*

3°. *Ce même droit est-il dû sur les actes authentiques qui ont été passés en pays étranger ou dans les colonies, lorsqu'ils ont pour objet des propriétés mobilières existantes ou à livrer dans les colonies ou en pays étranger?*

4°. *Peut-on prendre une inscription hypothécaire sur des biens situés dans le territoire européen de la France, en vertu d'un contrat passé devant notaires dans les colonies, non encore enregistré?*

I. La première de ces quatre questions, qui a fait naître la seconde et la troisième, a été résolue négativement par un avis du conseil d'état du 10 brumaire an 14, que l'on trouvera dans un plaidoyer du 7 décembre 1807, rapporté ci-après, n. III.

II. La seconde et la troisième question sont également décidées pour la négative, par un avis du conseil d'état du 15 novembre 1806, qui a été approuvé par l'Empereur le 12 décembre suivant, et dont voici les termes:

« Le conseil d'état, d'après le renvoi qui lui a été fait par sa majesté, d'un rapport du ministre des finances, établissant que depuis l'avis du con-

Digitized by Google

seil d'état du 10 brumaire an 14, portant qu'il n'y a pas lieu de percevoir un droit proportionnel d'Enregistrement sur les actes passés en pays étranger ou dans les colonies, pour mutation ou transmission de propriétés situées hors du territoire sur lequel l'Enregistrement est établi, il s'est élevé deux autres questions : — la première, si les actes passés en France pour des immeubles situés en pays étranger ou aux colonies, doivent profiter des dispositions de l'avis du conseil d'état du 10 brumaire an 14; — la seconde, si cet avis est applicable aux actes passés en France ou dans les pays étrangers et colonies, pour des propriétés mobilières existantes en pays étranger ou dans les colonies; — que, sur la première question, il a décidé affirmativement, et qu'il pense que le principe admis par l'avis du 10 brumaire an 14 est applicable aux actes passés, dans le même cas, devant notaires et autres officiers publics de France; qu'il croit qu'on doit étendre la même disposition aux actes passés en forme authentique seulement, dans les pays étrangers et colonies, contenant obligation ou mutation d'objets mobiliers, lorsque les prêts et placemens auront été faits et les livraisons promises ou effectuées en objets de ces pays, et stipulées payables dans les mêmes pays et dans les monnaies qui y ont cours; — vu l'avis dudit jour 10 brumaire an 14; — la pétition du sieur *Lebaillif-Mesnager*, jointe au rapport du ministre, et le rapport de l'administration de l'Enregistrement et des domaines sur cette pétition; — est d'avis que la disposition de l'avis du conseil d'état du 10 brumaire an 14 doit s'appliquer conformément aux deux propositions du ministre ».

III. La quatrième question vient d'être soumise à la cour de cassation; voici dans quelle espèce.

Le 7 pluviose an 5, contrat devant notaire au Cap, île Saint-Domingue, par lequel Guillaume-Etienne Lanon vend à Modeste Gauthier, sa part dans une habitation de la colonie, moyennant 30,000 liv., dont 12,533 liv. sont payées comptant, et le surplus stipulé payable dans quatre ans, avec réserve d'hypothèque sur tous les biens présens et à venir de l'acquéreur.

En vertu de cet acte non timbré ni enregistré, le sieur Lanon prend, le 21 germinal an 8, une inscription au bureau des hypothèques de Poitiers, sur tous les biens présens et futurs de son débiteur.

Le 15 messidor an 11, le sieur Gauthier vend à Alexis Gauthier et à Pierre-Charles Savin-Larelause tous les immeubles qu'il possède dans l'arrondissement de Poitiers, et qui lui sont échus en l'an 10 par la mort de sa mère. Les acquéreurs font transcrire leur contrat, mais ils ne le notifient pas au sieur Lanon; et, au contraire, considérant son inscription comme nulle, ils se pourvoient contre lui pour la faire rayer, 1°. parcequ'elle n'a pas pu être prise valablement en vertu d'un contrat non timbré ni enregistré; 2°. parceque cette inscription, même en la supposant valable, n'aurait pas pu atteindre des biens que Modeste Gauthier ne possédait pas encore au moment où elle a été prise, et qui ne lui sont échus que deux ans après; qu'elle les aurait atteints sans doute, aux termes de l'art. 43 de la loi du 11 brumaire an 7, si elle eût été prise dans le délai fixé par l'art. 37; mais qu'ayant été prise long-temps après l'expiration de ce délai, elle est rentrée dans le droit commun, suivant lequel les inscriptions ne peuvent affecter que les biens qui, à l'instant même où elles sont prises, appartiennent au débiteur.

Le sieur Lanon, de son côté, combat successivement l'un et l'autre moyen, et conclut à ce que les sieurs Gauthier et Savin-Larclause soient condamnés hypothécairement à lui payer le restant de son prix.

Le 13 prairial an 12, jugement du tribunal de première instance de Poitiers, qui les y condamne effectivement, attendu, 1°. que l'acte du 7 pluviose an 5 étant authentique, emporte hypothèque sur tous les biens du débiteur; 2°. que l'art. 24 de la loi du 5 décembre 1790 dispense de l'Enregistrement les actes authentiques précédemment passés dans les parties du territoire français qui n'étaient pas soumises au contrôle, tels que l'île de Saint-Domingue, et que la disposition de cet article est confirmée par l'art. 22 de la loi du 22 frimaire an 7, lequel n'assujettit à l'Enregistrement que les actes *qui seront passés à l'avenir* dans les pays dispensés jusqu'alors; 3°. qu'il résulte de la combinaison de ces deux lois, que les actes passés en Amérique avant le 22 frimaire an 7, ont pu et peuvent encore être mis à exécution sans cette formalité; 4°. que s'il est vrai que l'art. 13 de la loi du 23 brumaire an 7 sur le timbre, exige que les actes passés dans les colonies, soient timbrés avant qu'il puisse en être fait usage en France, il ne l'est pas moins que ce défaut de forme ne peut, aux termes de l'art. 26, §. 8, de la même loi, donner lieu à la peine de nullité, mais seulement à une amende; 5°. que d'ailleurs l'inscription dont il s'agit n'a pas été faite en contravention à cette dernière loi, puisque l'art. 49 de la loi du 11 brumaire an 7 dispensant le créancier hypothécaire antérieur de représenter son titre de créance au conservateur des hypothèques, le sieur Lanon doit être considéré comme n'ayant énoncé son contrat dans son bordereau que pour indiquer la date de son hypothèque, et non pas pour en faire le fondement de son inscription; 6°. que le contrat du sieur Lanon est antérieur à la loi du 11 brumaire an 7; qu'ainsi le sieur Lanon a par cet acte acquis une hypothèque sur tous les biens présens et futurs de Modeste Gauthier; qu'à la vérité, en ne prenant pas inscription dans le délai déterminé par l'art. 37 de cette loi, il a perdu son rang, mais non pas son droit hypothécaire.

Les sieurs Alexis Gauthier et Savin-Larclause appellent de ce jugement; et le 11 prairial an 13, après une plaidoirie contradictoire de plusieurs

Digitized by Google

audiences, la cour d'appel de Poitiers, — «Considérant que l'art. 24 de la loi du 5-19 décembre 1790 et l'art. 70 de la loi du 22 frimaire an 7 sont sans application aux actes passés en l'île de Saint-Domingue ; — Qu'aux termes de l'art. 11 de la loi du 5-19 décembre 1790, de l'art. 10 de la loi du 29 septembre-9 octobre 1791, desart. 13 et 24 de la loi du 13 brumaire an 7, des art. 22, 23, 42, 47 et 73 de la loi du 22 frimaire an 7, on ne peut faire aucun usage public en France des actes en forme authentique passés dans les îles et colonies françaises où l'Enregistrement n'est pas établi, à moins que préalablement ils n'aient été en France revêtus de cette formalité et de celle du timbre, quelle que soit la date de ces actes; — Qu'ainsi l'intimé ne pouvait faire usage en France de l'acte du 7 pluviose an 5, passé devant notaires au Cap de l'île de Saint-Domingue, avant que cet acte fût revêtu de la formalité du timbre et de l'Enregistrement; qu'il est constant et reconnu que ledit acte n'était ni timbré ni enregistré lors de l'inscription prise en conséquence le 21 germinal an 8, et qu'il en résulte la nullité de l'inscription; — Que ledit acte ne saurait même emporter aucune hypothèque en France avant son Enregistrement, aux termes de l'art. 3 de l'édit de mars de 1693, portant que *les parties ne pourraient, en conséquence d'actes qui n'auraient point été contrôlés, acquérir aucuns privilèges, hypothèques, propriétés ni aucuns autres droits, actions, exceptions ni exemptions, dérogeant, à cet effet, à toutes coutumes, ordonnances, édits, déclarations, arrêts, règlemens et autres lois* postérieures, auxquelles il n'a point été dérogé par les lois nouvelles; — Dit qu'il a été mal jugé, déclare l'inscription prise par l'intimé nulle et de nul effet, etc. »

Le sieur Lanon se pourvoit en cassation, et reprodnit pour moyens de cassation les motifs du jugement de première instance. — Par arrêt du 26 mai 1806, sa requête est admise, et l'affaire est en conséquence portée à la section civile.

« Deux questions (ai-je dit à l'audience de cette section, le 7 décembre 1807), se présentent dans cette affaire à votre examen. L'une, si l'inscription prise par le sieur Lanon le 21 germinal an 8, est valable ou nulle; l'autre, si dans la supposition qu'elle fût valable, les défendeurs pourraient encore l'écarter, sur le fondement qu'ayant été prise après le délai fixé par l'art. 57 de la loi du 11 brumaire an 7, elle n'aurait pu affecter que les biens présens de Modeste Gauthier, et n'aurait conséquemment pas porté sur ceux qu'il leur a vendus en l'an 11, après les avoir recueillis en l'an 10 dans la succession de sa mère.

» De ces deux questions, nous croyons devoir discuter d'abord la seconde, parceque si elle devait être résolue à l'avantage des défendeurs, la première deviendrait inutile.

» Est-il donc vrai, comme l'ont soutenu les défendeurs devant le tribunal de première instance et devant la cour d'appel, que l'inscription prise par le sieur Lanon le 21 germinal an 8, supposée valable, n'aurait pas pu imprimer une hypothèque à son profit sur les biens échus postérieurement à leur débiteur? Vous avez remarqué que le tribunal de première instance a condamné leur système, et que si la cour d'appel ne l'a pas condamné de même, elle ne l'a cependant pas adopté. C'est déjà un grand préjugé que ce système n'a pas dû être accueilli; et en effet, sur quoi repose-t-il? Sur une pure équivoque.

» Le sieur Lanon, disent les défendeurs, n'était plus, le 21 germinal an 8, dans le délai que lui avait accordé l'art. 37 de la loi du 11 brumaire an 7 pour conserver l'hypothèque stipulée à son profit par le contrat du 7 pluviose an 5; il a donc bien pu, par son inscription du 21 germinal an 8, acquérir une hypothèque nouvelle, c'est-à-dire, une hypothèque soumise à toutes les conditions que la loi du 11 brumaire an 7 prescrit pour l'avenir, et par conséquent une hypothèque qui ne pouvait frapper que sur les biens présens; mais conserver son hypothèque primitive, conserver une hypothèque sur les biens à venir comme sur les biens présens de son débiteur, il ne le pouvait plus; et c'est ce qui résulte clairement de l'art. 39 de la loi citée, lequel porte : *les hypothèques* (anciennes) *qui n'auraient pas été inscrites avant l'expiration de trois mois, n'auront effet qu'à compter du jour de l'inscription qui en serait requise postérieurement.*

» Mais ne nous méprenons pas sur le sens de cet article. Cet article ne signifie pas que les anciennes hypothèques qui ne seraient inscrites qu'après le délai de trois mois, ne vaudront que comme hypothèques nouvelles; il signifie seulement qu'elles ne vaudront comme hypothèques anciennes, qu'à compter du jour de leur inscription; il signifie seulement que, jusqu'à leur inscription, elles resteront en suspens et sans effet; il signifie seulement que tant qu'elles ne seront pas inscrites, elles ne procureront aucun avantage au créancier qui aura laissé passer le délai de la loi.

» Et la preuve que c'est dans ce sens que l'art. 39 doit être entendu, la preuve que les anciennes hypothèques inscrites après le délai, valent encore comme hypothèques anciennes, c'est que l'art. 40, qui se réfère à l'art. 39 comme aux art. 37 et 38, ne prescrit qu'un seul mode d'inscription pour les anciennes hypothèques; et qu'il le prescrit pour le cas prévu par l'art. 39, où l'inscription est prise après le délai, comme pour le cas prévu par les art. 37 et 38, où elle est prise dans le délai. — *Pour requérir*, y est-il dit, *l'inscription de droits antérieurs à la présente, le créancier... ne sera point tenu de représenter l'expédition du titre de sa créance.* — Et certes, si la loi n'entendait faire valoir que comme hypothèques nouvelles, les hypothèques anciennes pour lesquelles il n'est pris inscription qu'après le délai; si la loi entendait ôter aux anciennes hypothèques inscrites après le délai, autre chose que l'a-

Digitized by Google

vantage de primer les inscriptions prises antérieurement pour de nouvelles hypothèques; en un mot, si la loi entendait priver les anciennes hypothèques inscrites après le délai, de leur consistance primordiale, de leur caractère primitif, il est évident qu'elle exigerait pour leur inscription les mêmes formalités que pour l'inscription des nouvelles hypothèques : or, ces formalités, elle ne les exige pas toutes; elle dispense même expressément de la plus importante, la représentation du titre; elle conserve donc aux anciennes hypothèques inscrites après le délai, leur première nature, leur première consistance; c'est donc comme hypothèques anciennes qu'elle les fait valoir.

» Et c'est ce que la cour a solennellement proclamé par un arrêt de cassation rendu le 20 frimaire an 14, en faveur des sieurs Gousse et Legrand : « considérant (a-t-elle dit) qu'aucune disposition de cette loi ne déclare anéanties et éteintes les hypothèques anciennes, non inscrites dans les délais qu'elle a fixés; qu'elle en reconnaît au contraire l'existence, en en suspendant seulement l'effet, et en subordonnant, en faveur des créanciers diligens, le rang qu'elles doivent prendre dans l'ordre des créanciers hypothécaires, à la date de leur inscription postérieure à ces délais... ».

» Mais si la loi les fait valoir comme hypothèques anciennes, si elle leur conserve leur caractère primitif, nous expliquera-t-on par quel prestige celles de ces hypothèques qui ont été constituées sur les biens présens et à venir du débiteur, pourraient ne pas affecter les biens à venir comme les biens présens? C'est, dit-on, parceque l'art. 43 l'a ainsi voulu.

» Que porte donc l'art. 43? *Dans les lieux où l'hypothèque générale était admise par les lois antérieures... , les inscriptions qui auront lieu dans le délai prescrit par l'art. 37, pour toute créance antérieure à la publication de la présente, en conserveront le rang sur les biens présens et à venir du débiteur, situés dans l'étendue du bureau où elles auront été requises, sans que le créancier soit obligé de désigner la nature ni la situation des immeubles.* — Et sans doute il résulte de là que les anciennes hypothèques des biens présens et à venir ne conservent le rang qu'elles tiennent de leurs propres titres, qu'autant qu'elles sont inscrites dans les trois mois de la publication de la loi. Mais en résulte-t-il aussi que, faute d'inscription dans ces trois mois, elles ne peuvent plus être inscrites telles qu'elles ont été constituées, qu'elles ne peuvent plus être inscrites sur les biens présens et à venir? En résulte-t-il aussi que l'inscription qui en est faite après les trois mois, ne peut plus valoir que pour les biens présens? La loi ne le dit pas : elle se borne à punir le défaut de les faire inscrire dans les trois mois, par la privation de leur rang primitif; la privation de leur rang primitif est la seule peine qu'elle inflige au créancier négligent; elle ne va pas jusqu'à les dénaturer, jusqu'à les dépouiller de leur caractère d'hypothèques générales sur les biens présens et à venir; et si elle ne les dénature pas, il est évident qu'elle les laisse telles qu'elles sont; si elle ne les dépouille pas de leur caractère d'hypothèques générales sur les biens présens et à venir, il est clair qu'elle le leur conserve; si elle leur conserve ce caractère, il est évident qu'une fois inscrites, elles affectent les biens que le débiteur acquiert par la suite, ni plus ni moins que les biens dont le débiteur était saisi à l'époque de leur inscription.

» Disons donc que le moyen subsidiaire de défense dans lequel se retranchent les sieurs Ganthier et Savin, ne peut être pour eux d'aucune ressource; et occupons-nous uniquement de la première question que nous avons présentée, de celle de savoir si l'inscription prise par le sieur Lanon le 21 germinal an 8, est valable ou nulle.

» Cette question nous paraît devoir se réduire à celle-ci : avant la loi du 11 brumaire an 7, le sieur Lanon pouvait-il, sans avoir fait enregistrer ni timbrer son contrat notarié du 7 pluviose an 5, être considéré comme ayant une hypothèque sur les biens que son débiteur possédait alors ou possèderait un jour dans l'arrondissement de Poitiers?

» En effet, si, indépendamment du défaut d'Enregistrement et de timbre, le sieur Lanon avait une hypothèque sur ces biens, il a certainement pu la faire inscrire le 21 germinal an 8, sans avoir préalablement fait réparer ce défaut, et son inscription a dû être déclarée valable; — Puisque, d'une part, l'art. 40 de la loi du 11 brumaire an 7 le dispensait expressément de représenter son titre au conservateur des hypothèques pour prendre son inscription; et qu'ainsi, on ne peut pas même dire que par la représentation surabondante qu'il en a faite, il ait réellement contrevenu aux lois qui lui défendaient de faire usage devant aucun officier public du territoire européen de la France, d'un contrat passé dans les colonies, mais non enregistré ni timbré; — Puisque, d'un autre côté, à la seule exception des exploits des huissiers et des procès-verbaux des gardes, que l'art. 34 de la loi du 22 frimaire an 7 déclare nuls, faute d'Enregistrement dans les quatre jours de leur date, il n'est pas un seul acte d'officier public qui puisse, d'après cette dernière loi et celle du 13 brumaire précédent sur le timbre, être annullé pour avoir été fait en vertu ou par suite d'un contrat non enregistré ou timbré.

» Si, au contraire, le défaut d'Enregistrement et de timbre a privé de toute hypothèque dans le territoire européen de la France, le contrat passé dans l'île de Saint-Domingue, le 7 pluviose an 5, au profit du sieur Lanon, il est certain que le sieur Lanon n'a pas pu, le 21 germinal an 8, prendre une inscription hypothécaire au bureau de Poitiers; et que celle qu'il y a prise de fait, doit être regardée comme nulle et non avenue; — Puisque ce n'est pas l'inscription qui créé et constitue l'hypothèque, et qu'elle a seulement pour objet de la faire connaître au public : principe qui sort du texte même de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, et que par arrêt rendu le 25 prairial an 11, au rapport de

Digitized by Google

M. Lombard, et sur nos conclusions, la cour a proclamé en ces termes : *Attendu que, pour que le créancier puisse prendre l'inscription sur le registre du conservateur des hypothèques, il faut qu'il ait une hypothèque conventionnelle, ou légale, ou judiciaire, acquise.* (*V. mon Recueil de Questions de droit*, tom. 5, p. 138.)

» Nous devons donc ici nous renfermer dans cette seule question : le contrat passé au Cap, le 7 pluviose an 5, a-t-il, sans Enregistrement préalable, donné au sieur Lanon une hypothèque sur les biens de son débiteur, situés dans le territoire continental de la France?

» Que par ce contrat, une hypothèque ait été stipulée au profit du sieur Lanon, et que cette stipulation ait embrasse tous les biens que son débiteur possédait sous l'empire des lois françaises, c'est ce qu'on ne saurait contester sans fermer les yeux au texte litteral du contrat même. Mais cela ne résout nullement la difficulté.

» Car la convention n'est rien en fait d'hypothèque, si elle n'est aidée par la loi. L'hypothèque n'est pas, comme la convention, du ressort du droit des gens; elle dépend uniquement du droit civil. — Le droit des gens, infiniment simple dans ses principes, ne reconnait pour ayant droit dans une chose, que celui qui en a la possession réelle et actuelle. Il n'admet point de fictions au moyen desquelles on puisse acquerir droit dans une chose dont on ne prend pas actuellement possession. Aussi les Romains ont-ils été long-temps sans avoir aucune idée de l'hypothèque; ils connaissaient bien le gage, *pignus*, qui se forme par le dessaisissement du débiteur et par la delivrance de la chose engagée entre les mains du créancier; mais l'hypothèque, ils ne l'inventèrent que dans un âge déjà fort avancé de leur droit civil; et ce fut aux edits de leurs preteurs, qu'ils en durent l'introduction. Voilà pourquoi Cujas, sur la loi 5, *D. de Justitid et jure*, qualifie l'hypothèque d'obligation qui tire toute son efficacité du droit prétorien, *hæc obligatio efficax ex jure prætorio.*

» Il n'y a donc que la loi civile qui puisse valider et rendre effectives les stipulations d'hypothèque; il ne faut donc pas s'etonner que l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, et l'art. 2127 du Code Napoléon, n'admettent d'autres *hypothèques conventionnelles* que celles qui sont stipulées dans la forme et de la manière qu'ils déterminent.

» Cela posé, de quoi s'agit-il ici? D'un seul point, de celui de savoir si le contrat du 7 pluviose an 5, était, au moment où le sieur Lanon a pris son inscription hypothécaire, revêtu de toutes les formes requises par nos lois civiles, pour donner effet à la stipulation d'hypothèque qu'il contient.

» Il est reconnu en point de fait, que ce contrat n'était pas encore enregistré à cette époque, qu'il ne l'a été que le 6 janvier 1806, et que cependant il avait été passé devant notaire.

» Il est reconnu, en point de droit, qu'une hypothèque peut être stipulée par toute espèce d'acte notarié; et telle est singulièrement la disposition de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, qui, au moment où le sieur Lanon a pris son inscription hypothécaire, c'est-à-dire, le 21 germinal an 8, regissait seule en France la matière des hypothèques.

» Si donc le contrat du 7 pluviose an 5 pouvait, nonobstant son défaut d'Enregistrement dans le territoire européen de la France, être considéré, le 21 germinal an 8, comme un acte notarié, nul doute qu'à la date du 21 germinal an 8, la stipulation d'hypothèque qu'il contient, ne fût valable; nul doute par conséquent que l'inscription hypothécaire prise le même jour, ne soit régulière.

» Mais aussi, et par la raison inverse, nul doute que cette inscription ne soit nulle, comme prise sur une hypothèque non encore existante, si, par défaut d'Enregistrement à la date dont il s'agit, le contrat du 7 pluviose an 5 ne pouvait pas, quoique passé devant notaire, être mis en France au rang des actes véritablement notaries.

» Toute la question se réduit donc à savoir si, relativement à la stipulation d'hypothèque, on doit considérer comme véritablement notarié, un acte qui a été passé devant notaire, mais qui n'est pas enregistré.

» Qu'est-ce qu'entend l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7, par les mots *acte notarié?* Sans contredit, elle désigne par ces expressions un acte qui, passé devant notaire, est revêtu de toutes les formes requises pour lui imprimer un caractère authentique, et notamment pour assurer sa date.

» Or, peut-on regarder comme authentique, peut-on surtout regarder comme ayant une date certaine, un acte de notaire qui n'est pas enregistré?

» Quel est, par rapport aux actes des notaires, l'objet direct et principal de la formalité de l'Enregistrement? L'art. 2 de la loi du 5 décembre 1790 va nous l'apprendre : « Les actes des notaires et les exploits des huissiers seront assujettis, dans toute l'étendue du royaume, à un Enregistrement pour assurer leur existence et *constater leur date* ». — C'est donc par l'Enregistrement qu'est constatée la date des actes des notaires; les actes des notaires qui ne sont pas enregistrés, n'ont donc pas de date constante.

» Aussi l'art. 9 de la même loi ajoute-t-il : « A défaut d'Enregistrement dans les délais fixés par l'article precédent, un acte passé devant notaire, ne pourra valoir que *comme acte sous signature privée* ».

» Et il ne faut pas croire que ces dispositions soient abrogées par l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an 7. Cet article dit bien que « toutes les lois rendues *sur les droits d'Enregistrement*, et toutes dispositions d'autres lois y relatives, sont et demeurent abrogees pour l'avenir ». — Mais, d'abord, le même article ajoute que ces lois « continueront d'être executées à l'egard des actes faits avant la publication de la presente »; ce qui suffirait déjà pour nécessiter l'application des textes cités de la loi du 5 decembre 1790, au contrat du 7 pluviose

Digitized by Google

an 5 dont il est ici question. — Ensuite cet article n'abroge pas même pour l'avenir, toutes les lois précédemment rendues sur la formalité de l'Enregistrement considérée en elle-même, mais seulement celles qui ont été *rendues sur le droit d'Enregistrement*; termes qui n'embrassent que les dispositions des lois précédentes, relatives à la quotité des droits fiscaux, aux cas où ils sont dus, à la manière dont ils doivent être recouvrés; termes qui, par conséquent, laissent subsister dans la loi du 5 décembre 1790, tout ce qui est étranger à la fiscalité et ne tend qu'à constater la date des conventions passées devant notaire.

« Ce qui d'ailleurs doit là-dessus trancher toute difficulté, c'est que le conseil d'état, dans son avis approuvé par l'Empereur le 10 brumaire an 14, reconnait qu'aujourd'hui encore, l'Enregistrement est prescrit *pour donner une date légale aux actes* soumis à cette formalité.

» Et dans le fait, il est sans exemple, il est inouï que depuis la publication de la loi du 22 frimaire an 7, on ait prétendu qu'un acte de notaire non enregistré pût être inscrit au bureau des hypothèques; et qu'une inscription prise en vertu d'un pareil acte, pût donner effet à l'hypothèque dont il renfermait la stipulation.

» Notre question n'est cependant encore résolue qu'à demi. Car si de tout ce que nous venons de dire il résulte qu'on doit annuller toute inscription hypothécaire qui serait prise en vertu d'un contrat passé devant notaire dans le territoire européen de la France, on ne peut pas encore en conclure qu'il en doive être de même d'une inscription prise en vertu d'un contrat passé devant notaire dans nos colonies, c'est-à-dire, dans la partie du territoire français où n'est pas établie la formalité de l'Enregistrement. — Il reste donc à examiner si les actes auxquels, lors de leur rédaction dans nos colonies, la seule présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins imprime toute l'authenticité dont ils sont susceptibles, conservent ce caractère dans le territoire continental de la France, lorsqu'on les y transporte; ou si, au contraire, leur authenticité expire à la frontière de nos possessions coloniales.

» Sur ce point, nous devons rechercher d'abord quel est le vœu des principes généraux du droit, ensuite quelle est la volonté positive du législateur.

» A ne consulter que les principes généraux du droit, il faudrait, sans hésiter, décider la question en faveur du sieur Lanon. En effet, il n'en est pas de la formalité de l'Enregistrement, comme de celle de l'inscription hypothécaire.

» L'inscription hypothécaire est une formalité qui affecte l'immeuble sur lequel elle est prise, et qui par conséquent est purement réelle, et qui par conséquent doit être remplie dans le lieu où l'on veut acquérir hypothèque, quel que soit celui où le contrat a été passé; et qui par conséquent deviendrait inutile dans le lieu où l'on veut acquérir hypothèque, si elle n'y était pas exigée par la loi, quoique d'ailleurs le contrat eût été passé dans un lieu où l'on ne peut pas acquérir hypothèque sans inscription. — C'est ainsi qu'avant l'abrogation des coutumes de nantissement, un contrat passé devant notaire à Paris, n'emportait pas hypothèque sur les biens d'Artois, s'il n'y recevait la solennité du nantissement, sur laquelle a été, comme l'on sait, calquée celle de l'inscription; et qu'au contraire, un contrat passé devant notaire en Artois et non revêtu de la forme du nantissement, ne laissait pas d'emporter hypothèque sur les biens de Paris, comme l'ont jugé deux arrêts célèbres des 22 juillet 1697 et 28 mars 1700, rapportés par Boullenois, dans ses *questions mixtes*, §. 7.

» Mais la formalité de l'Enregistrement appartient absolument à la forme probante de l'acte: elle n'affecte en aucune manière l'immeuble que l'acte a pour objet: son seul but est, comme le dit la loi, *d'assurer l'existence et de constater la date du contrat*. Or, dans tout ce qui a rapport à la forme probante, à l'authenticité des actes, quelle est la loi que l'on doit consulter? Est-ce celle du lieu où ils doivent recevoir leur exécution? est-ce celle du lieu où sont situés les immeubles qui, par ces actes, sont vendus, échangés, donnés ou hypothéqués? Non, c'est uniquement celle du lieu où se passent les actes mêmes. Si, dans le lieu où se passe un acte, la loi exige, pour son authenticité, des formes que ne prescrit pas celle de la situation des biens ou de l'exécution, l'acte ne sera authentique, même dans le lieu de la situation des biens ou de l'exécution, qu'autant qu'il sera revêtu de ces formes; et réciproquement, si, dans le lieu de la situation des biens ou de l'exécution, la loi exige, pour l'authenticité de l'acte, des formes que ne prescrit pas celle du lieu où il a été passé, l'acte dépourvu de ces formes, mais revêtu de celles que prescrit la loi du lieu où il a été passé, sera considéré comme authentique, même dans le lieu où il reçoit son exécution, même dans le lieu où les biens sont situés. — Donc un contrat non enregistré, qui a été passé dans un pays où la formalité de l'Enregistrement est requise, ne devrait pas produire hypothèque, même dans les pays où cette formalité est inconnue. — Donc un contrat non enregistré, qui a été passé dans un pays exempt de la formalité de l'Enregistrement, devrait produire hypothèque dans les pays sujets à cette formalité.

» Et c'est ainsi qu'on le jugeait constamment à l'époque où le contrôle, que l'Enregistrement remplace aujourd'hui, n'avait lieu que dans le ressort du parlement de Rouen, le seul qui eût enregistré l'édit de Henri III du mois de juin 1581. — « Comme c'est une règle générale (dit Basnage, *Traité des hypotheques*, ch. 12), que quand il s'agit de la forme et de la solennité d'un contrat ou d'un testament, il suffit, pour le faire valoir, qu'il soit fait selon toutes les formes requises par la coutume du lieu où il a été passé; et il a été jugé plusieurs fois que les contrats passés à Paris et ailleurs où le contrôle n'est point établi, ne laissent pas d'avoir hypo-

Digitized by Google

thèque sur les biens de Normandie, quoiqu'ils ne soient point contrôlés. Par arrêt en l'audience de la grand'chambre (du parlement de Rouen), du 21 janvier 1642, plaidant Bertout et Morlet, entre Rapinart, appelant, et Jeanne Daon, intimée, la cour confirma la sentence qui avait ordonné qu'un contrat passé à Paris, non contrôlé, aurait hypothèque du jour et date d'icelui; et afin qu'on n'en doutât plus, la cour en a fait un règlement par l'art. 135 des placités de 1666»; — Article qui, en effet, porte en toutes lettres que *les contrats passés hors de Normandie, ont hypothèque sur les immeubles situés en Normandie, encore qu'ils ne soient pas contrôlés*. — Et réciproquement à la même époque, les actes non contrôlés, qui étaient passés en Normandie, ne produisaient pas d'hypothèque sur les biens situés dans les autres parties de la France où le contrôle n'avait pas lieu. C'est ce qu'établissait encore Basnage dans une consultation du 7 février 1684, que nous a conservée Boullenois, page 520 de ses *questions mixtes;* et c'est ce que Boullenois lui-même prouve démonstrativement, quoique Maillart sur l'art. 74 de la coutume d'Artois, n. 417, ait avancé le contraire, sans en donner aucune raison.

» Mais ce n'est pas assez pour nous de connaître, sur ce point, le vœu des principes généraux du droit; nous devons encore interroger la volonté positive du législateur: car si la volonté positive du législateur était, à cet égard, en opposition avec les principes généraux du droit, il faudrait bien abandonner ceux-ci, et nous en tenir à celle-là.

» Lorsque le contrôle, long-temps restreint à la Normandie, eut été rendu commun à toute la France par l'édit du mois de mars 1693, plusieurs villes, plusieurs provinces même, obtinrent, les unes gratuitement, les autres moyennant finance, d'en demeurer affranchies; et il fut question de savoir si les contrats passés devant notaires dans ces villes, dans ces provinces, pourraient, sans avoir été revêtus de cette formalité, produire hypothèque dans tous les autres lieux où cette formalité avait été mise en vigueur. — Voici ce que prononça là-dessus la déclaration du 19 mars 1696, art. 1: « Voulons que les contrats et actes qui seront passés dans les lieux où le contrôle n'est pas établi, ou en ceux que nous avons abonnés ou déchargés, ne puissent être reçus ni faire foi en justice, établir aucune action, privilége *ni hypothèque* dans aucun lieu de notre royaume où ledit contrôle a été établi, qu'ils n'aient été contrôlés et les droits payés dans les bureaux les plus prochains de celui où ils auront été passés ».

» Le même article excepta pourtant de cette disposition les contrats passés dans la ville de Paris; et cette exception, que les notaires de Paris avaient payée fort cher, fut depuis étendue, ou, pour mieux dire, également vendue, à la Flandre, au Haynaut, au Cambrésis et à l'Artois; mais la règle générale, qu'avait proclamée la déclaration de 1696, fut maintenue pour les autres pays exempts du contrôle, notamment pour l'Alsace, ainsi qu'on peut le voir dans le Dictionnaire des domaines, aux mots *Acte passé en pays étranger;* et de là vint dans l'assemblée constituante, lorsqu'en abolissant le contrôle, elle le remplaça par l'Enregistrement, la question de savoir si, pour les actes précédemment reçus par des notaires dans les lieux exempts de la première de ces formalités, on suivrait, quant à la seconde, la règle générale dont nous venons de parler, ou si on leur appliquerait l'exception qui avait été faite à cette règle pour quelques uns de ces lieux.

» Il paraissait, au premier abord, que l'on ne devait faire jouir de cette exception que les actes passés dans les lieux où précédemment elle avait été admise, c'est-à-dire à Paris, en Flandre, en Haynant, en Cambrésis et en Artois, et qu'on devait laisser subsister la règle générale pour les actes passés en Alsace et dans les autres pays exempts du contrôle.

» Mais l'assemblée constituante prit une détermination plus libérale et plus conforme à la tendance quelle avait pour l'uniformité. Par l'art. 24 de la loi du 5 décembre 1790, elle déclara que les actes antérieurement passés en forme authentique dans les pays non soumis au contrôle, auraient leur exécution, sans être assujettis à la formalité de l'Enregistrement.

» Par-là fut rétablie et rendue commune à toute la France, mais seulement pour les actes antérieurs à la mise en activité de l'Enregistrement, la maxime qu'avait consacrée, pour la Normandie, l'art. 135 des Placités de 1666.

» On ne sentait pas alors que les colonies ne pouvaient être, comme les autres parties de l'empire, assujetties à l'Enregistrement. Mais bientôt cette vérité ne fut plus douteuse; et il fallut examiner si, pour les actes passés dans les colonies, qu'il s'agirait de faire exécuter en France, on ferait revivre la règle écrite dans la déclaration de 1696, ou si l'on s'en tiendrait à la jurisprudence que le parlement de Rouen avait adoptée avant cette déclaration.

» Entre ces deux partis, ce fut le premier qui prévalut; témoin l'art. 10 de la loi du 29 septembre 1791, sur l'Enregistrement, qui porte: « Les actes passés en pays étrangers, *ou dans les colonies*, seront sujets à la formalité de l'Enregistrement, dans tous les cas où *les actes sous signature privée* y sont assujettis, et dans les mêmes délais et sous les mêmes peines ».

» De cette disposition, que l'on retrouve encore dans l'art. 23 de la loi du 22 frimaire an 7, il résulte clairement que les actes passés devant notaires dans les colonies, ne peuvent devenir exécutoires en France que par le secours de l'Enregistrement; et s'ils n'y sont pas exécutoires sans cette formalité, bien évidemment ils ne peuvent pas non plus, sans cette formalité, y être considérés comme authentiques; bien évidemment ils doivent, tant qu'ils ne sont pas revêtus de cette formalité, être assimilés

Digitized by Google

aux actes passés devant notaires dans les pays étrangers, et aux actes faits sous seing-privé, en quelque pays que ce soit.

» C'est ainsi qu'a raisonné la cour de Poitiers dans l'arrêt que vous dénonce le demandeur; et bien loin que l'avis du conseil d'état, approuvé par l'Empereur le 10 brumaire an 14, détruise ce raisonnement, il ne fait que le fortifier et le sanctionner. Il suffira, pour nous en convaincre, de peser attentivement les termes de cet avis : — « Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi fait par sa majesté, a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce département, dans lequel il propose la question de savoir si les actes qui transfèrent la propriété ou l'usufruit d'immeubles situés en pays étranger, ou dans les colonies françaises où l'Enregistrement n'est pas établi, passés en pays étranger ou dans les colonies, doivent, lorsqu'ils sont produits en France, être traités comme les actes sous seing-privé passés en France, c'est-à-dire, être assujettis au droit proportionnel; — vu les art. 23 et 42 de la loi du 22 frimaire an 7, portant qu'il ne pourra être fait aucun usage de ces actes, soit par acte public, soit en justice, ou devant toute autre autorité constituée, sans qu'ils aient été préalablement enregistrés, à peine, pour tout officier public qui contreviendra à cette défense, d'encourir une amende de 50 fr., et de répondre personnellement du droit; — Considérant que le droit proportionnel qui se perçoit du moment où il y a transmission ou mutation de propriété, à quelque titre que ce soit, est un impôt qui ne peut atteindre les propriétés situées hors du territoire sur lequel il est établi; que si l'on a cru devoir, *pour donner une date légale aux actes passés en pays étranger ou dans les colonies*, les assujettir à des droits d'Enregistrement, il n'était pas nécessaire que ce droit fût de quatre pour cent comme pour les actes de même espèce passés en France;— Est d'avis que, dans les cas présentés par le ministre des finances, il n'y a pas lieu de percevoir un droit proportionnel d'Enregistrement ».

» Il est impossible, comme vous le voyez, de se méprendre sur le sens de cet avis, quant à la fin pour laquelle les actes passés dans les colonies, sont assujettis en France à la formalité de l'Enregistrement : il y est nettement énoncé que la formalité de l'Enregistrement est requise dans ces actes, *pour leur donner une date légale*. Et de là il suit nécessairement qu'ils n'ont point de date légale, tant que cette formalité leur manque.

» Or, si, tant que cette formalité leur manque, ils n'ont point de date légale, comment pourraient-ils motiver une inscription au bureau des hypothèques? Ils sont jusqu'alors assimilés aux actes sous seing-privé; et bien certainement un acte sous seing-privé qui contiendrait une stipulation d'hypothèque, ne pourrait pas donner lieu à une inscription hypothécaire.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur ».

Arrêt du 7 décembre 1807, au rapport de M. Oudart, par lequel, — « Attendu que d'après l'art. 10 de la loi du 29 septembre 1791, *les actes passés en pays étranger ou dans les colonies, sont sujets à la formalité de l'Enregistrement, dans tous les cas où les actes sous signatures privées y sont assujettis, et dans les mêmes délais et sous les mêmes peines*; — attendu que la loi du 5 décembre 1790 porte : *Les actes des notaires et les exploits des huissiers seront assujettis, dans toute l'étendue du royaume, à un Enregistrement pour assurer leur existence et constater leurs dates*; et que l'article 9 de la même loi porte : *A défaut d'Enregistrement dans les délais fixés par l'article précédent, un acte passé par-devant notaire, ne pourra valoir que comme acte sous signatures privées*; — d'où il suit qu'à défaut d'Enregistrement, le contrat passé par-devant notaires au Cap, île Saint-Domingue, le 7 pluviose an 5, n'a pu être considéré en France que comme un acte sous signatures privées; et, qu'en jugeant qu'une inscription prise en France sur un tel contrat, était nulle, la cour d'appel séante à Poitiers s'est conformée aux lois ci-dessus citées; la cour rejette la requête..... ».

§. V. 1°. *Le droit d'Enregistrement auquel est sujet le jugement d'adjudication sur expropriation forcée, est il exigible durant l'appel interjeté de ce jugement?*

2°. *Si l'adjudicataire a payé ce droit avant l'arrêt qui est intervenu sur l'appel, peut-il se le faire restituer, en cas d'annullation du jugement d'adjudication?*

Ces deux questions dépendent, comme l'on voit, du même principe.

La première est décidée négativement par un arrêt de la cour de cassation du 24 floréal an 8, qui rejette la demande de la régie de l'Enregistrement en cassation d'un jugement du tribunal civil du département du Gers : — « Attendu (porte cet arrêt), que dès qu'il a été relevé appel par le cit. Tiner, par acte du 23 nivose an 8, du jugement d'adjudication rendu le 14 du même mois par le tribunal civil du département du Gers, cet appel a suspendu l'effet de ce jugement; — Attendu que l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, qui a autorisé l'appel du jugement d'adjudication, tant de la part du saisi que de la part des créanciers, a suffisamment indiqué qu'en cas d'appel, l'exécution du jugement et tout ce qui en dérivait, devait être suspendu; — Attendu que par l'effet ..de l'appel emis par le cit. Tiner, le cit. Roux, adjudicataire, n'a pas pu se mettre en possession des biens dépendans de ladite adjudication, dont il ne retire aucun profit; que ledit cit. Roux, ne peut être conséquemment tenu, dans cet état de choses, du paiement du droit proportionnel qui est le résultat de la translation de propriété, de la possession, de la jouissance et du profit qu'on retire d'une adjudication définitive et consommée; que les juges

Digitized by Google

du tribunal civil du Gers, en le décidant ainsi, et en ordonnant par le jugement attaqué, qu'il fût sursis à la perception des droits jusqu'à ce qu'il eût été statué sur l'appel, ont fait une juste application des lois des 11 brumaire et 22 frimaire an 7; — Le tribunal rejette le mémoire de la régie de l'Enregistrement ».

La seconde question s'est présentée dans l'espèce suivante :

Un domaine vendu sur expropriation forcée devant le tribunal civil de l'arrondissement du Puy, est adjugé le 6 floréal an 10 au sieur Guilhot. — La partie saisie appelle du jugement d'adjudication. — Le sieur Guilhot se croit dispensé par-là, quant à présent, de faire enregistrer un titre qui lui paraît suspendu. — Le receveur de la régie décerne contre lui une contrainte; il y forme opposition; mais il en est débouté par jugement du 13 ventose an 11. — En vertu de ce jugement, la régie prend hypothèque sur des immeubles appartenans à Guilhot, pour la conservation des droits; et après avoir mis celui-ci en demeure de les acquitter, elle poursuit l'expropriation forcée qui s'effectue par jugement d'adjudication du 14 germinal an 12. — Guilhot interjette appel de ce jugement : il existe, dit-il, un appel du jugement d'adjudication dont cette condamnation m'oblige à payer les droits, et cet appel peut amener la réformation du jugement; ce cas arrivant, tous les effets de l'adjudication disparaissent; il n'y a plus ni adjudicataire ni transmission de propriété, et par conséquent plus de droit d'Enregistrement exigible; il devrait même être restitué, s'il avait été payé. Qu'on ne m'oppose pas le jugement du 11 ventose an 11; à la vérité, je n'ai pas attaqué ce jugement et il subsiste; mais il ne m'a condamné que provisoirement, et je le prouve d'abord par son texte même : il met d'abord en question, *si en attendant la décision de l'appel relevé du jugement d'adjudication, Guilhot doit acquitter PAR INTÉRIM les droits, sauf son recours en définitive*; et par un de ses motifs qui est ainsi conçu : *Guilhot a dû payer au moins par forme de consignation, en attendant le résultat de l'appel qu'il prétend avoir été relevé par l'exproprié*. La condamnation prononcée contre moi par ce jugement, n'a donc pu être et n'a réellement été que provisoire; et dès-lors, le jugement du 14 germinal an 12 qui m'a exproprié, a violé l'art. 2215 du Code Napoléon, aux termes duquel une condamnation qui n'est pas définitive, ne peut servir de base à une expropriation. — Par arrêt du 30 frimaire an 13, la cour d'appel de Riom accueille cette défense et annulle l'adjudication. — Recours en cassation contre cet arrêt. — « La cour de Riom (disent les administrateurs de l'Enregistrement), a violé la loi du 22 frimaire an 7, elle a contrevenu à l'autorité de la chose jugée, elle a fait une fausse application de l'art. 2215 du Code Napoléon. — Elle a violé la loi du 22 frimaire, en faisant, en faveur d'un jugement d'adjudication sur expropriation forcée, une distinction qu'aucun article de cette loi n'autorise; les adjudications judiciaires sont soumises, comme tous les autres actes, aux règles générales; elles y sont soumises par cela seul qu'aucune disposition particulière ne les en a affranchies; or, ces règles sont fixées par les art. 20, 60 et 69, qui portent que tout jugement de 1re instance est passible du droit d'Enregistrement, que ce droit doit être acquitté dans le délai de 20 jours à compter du jugement même, et que tout droit régulièrement perçu ne peut être restitué. — La cour d'appel de Riom a contrevenu à l'autorité de la chose jugée, en regardant comme provisoire le jugement du 15 ventose an 11, quoique son dispositif renferme une condamnation pure et simple, sans réserve ni recours quelconques, et par conséquent une condamnation définitive. — Enfin, cette condamnation ayant l'autorité de la chose jugée, a pu servir de base à la poursuite en expropriation forcée dirigée contre Guilhot et à l'adjudication qui s'en est suivie; dès-là, fausse application de l'art. 2215 du Code Napoléon ».

Le 29 novembre 1806, arrêt, au rapport de M. Zangiacomi, par lequel, « Considérant qu'il est vrai en thèse générale, que toute convention, que tout jugement qui renferment transmission de propriété, sont passibles du droit d'Enregistrement, et que ce droit doit être acquitté sans espoir de restitution, quand même la convention serait annullée ou le jugement infirmé; que s'il est onéreux de payer l'Enregistrement d'actes caducs dont on ne retire aucun bénéfice, cette rigueur de la loi n'a rien d'injuste, lorsque celui qui en souffre, a le tort d'avoir fait des contrats nuls, ou provoqué des jugemens irréguliers; en acquittant le droit, il supporte la peine d'un fait qui lui est personnel, et qu'on est toujours plus ou moins fondé à lui reprocher; — Considérant que ces principes ne peuvent s'appliquer à un adjudicataire qui ne provoque en aucune manière le jugement d'adjudication, qui n'a aucune part aux poursuites qui le précèdent, qui ne traite directement avec aucune partie, qui contracte avec la justice seule, et en reçoit en tous points la loi; que si on lui faisait payer l'Enregistrement d'une adjudication annullée dont il ne profite pas, on le punirait, au mépris de toute justice, d'un fait qui n'est pas le sien, d'une erreur qu'il n'a pu empêcher, et de la confiance qu'il a mise dans les tribunaux; — Considérant qu'un jugement d'adjudication est moins un jugement proprement dit, qu'un contrat de vente judiciaire; que nul contrat de vente ne doit être soumis à l'Enregistrement que lorsqu'il est parfait par le consentement de toutes les parties; qu'en cas d'appel d'un jugement d'adjudication, la vente qu'il renferme n'est réellement et définitivement consentie que par l'arrêt qui le confirme; qu'ainsi le contrat n'est accompli et parfait qu'au moment où cet arrêt intervient; que la conséquence de ces idées est, 1°. que le droit d'Enregistrement ne peut être exigé qu'après que cet arrêt est rendu; 2°. que s'il est perçu pendant la contestation ou sur l'appel, il ne peut

Digitized by Google

l'être que provisoirement et à charge de restitution, en cas d'un arrêt infirmatif; — Considerant qu'il suit de là que la condamnation portée contre Guilhot, par le jugement du 13 ventose an 11, était de sa nature et de plein droit provisoire, quoique le tribunal du Puy ne l'ait pas exprime dans le dispositif de son jugement; — Considérant d'ailleurs qu'il résulte des questions posées et des motifs déduits dans ce jugement, qu'il était dans l'intention du tribunal de ne rendre qu'une decision provisoire; — Considérant qu'une décision de ce genre ne pouvait, d'après l'art 2215 du Code civil, servir de titre à une expropriation; et par conséquent que l'arrêt attaqué, qui annulle l'adjudication dont il s'agit, s'est conformé à la disposition du Code civil, et n'a violé ni la loi sur l'Enregistrement, ni celle relative à l'autorité de la chose jugée, ni celle sur les expropriations; — La cour rejette... »

§. VI. 1°. *Dans la liquidation du droit d'Enregistrement auquel donne lieu une vente d'immeubles, doit-on ajouter au prix stipulé par le contrat, le capital des rentes foncières dont sont grevés les fonds vendus?*

2°. *Dans la liquidation du droit d'Enregistrement auquel donne lieu une mutation par décès, doit-on distraire de l'estimation des biens les rentes foncières dont ils sont grevés?*

J'ai rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, pages 325 et suivantes, trois arrêts de la cour de cassation des 13 nivose et 19 germinal an 11, et 12 nivose an 12, qui ont jugé la première de ces questions pour l'affirmative; et la seconde pour la négative.

Les mêmes principes ont été de nouveau consacrés par un arrêt du 20 messidor an 13, qui, sur le recours des administrateurs de l'Enregistrement, a cassé un jugement par lequel le tribunal de l'arrondissement de Cognac avait ordonné la restitution du droit proportionnel d'Enregistrement et de transcription perçu sur le capital d'une rente foncière dont était grevé un immeuble vendu par les héritiers Surreau au sieur Rallier. Voici les termes de cet arrêt: — « Vu l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, et l'art. 25 de celle du 21 ventose même année; — Considerant que l'obligation imposée par les héritiers Surreau à Rallier, acquéreur, de servir une rente foncière affectée par privilège sur le fonds vendu, est une charge de la vente que la loi considère comme faisant partie du prix, puisque, sans elle, le prix aurait été augmenté dans la même proportion; d'où il suit que le tribunal de Cognac, en condamnant les administrateurs de l'Enregistrement, à restituer les sommes perçues pour Enregistrement et transcription sur le registre des hypothèques, sur les 4,000 francs capital de la rente foncière dont il s'agit, a violé les articles cités des lois de frimaire et ventose an 7; — La cour casse et annulle..., »

§. VII. *Le retrait conventionnel d'un immeuble exercé en temps utile par les descendans non héritiers du vendeur, en vertu de la réserve expresse stipulée en leur faveur par la clause de réméré, doit-il être considéré, pour la perception du droit d'Enregistrement, comme opérant transmission de cet immeuble au profit des retrayans?*

La dame Marcounay vend au sieur Ribaud un domaine qui porte son nom; et par l'acte de vente, réserve en faveur de ses descendans, la faculté d'exercer, pendant un temps déterminé, le retrait du bien vendu. Ce retrait est exercé en temps utile et du vivant de la dame Marconnay, par la dame Montbrun, sa fille. L'acte présenté à l'Enregistrement, le receveur y trouve, non pas seulement la résolution de la vente faite par la dame Marconnay, mais de plus une mutation de la propriété au profit de la dame Montbrun; il perçoit en conséquence le droit proportionnel résultant de cette mutation.—Sur la réclamation de la dame Montbrun contre cette perception, jugement du tribunal de première instance de Poitiers du 21 frimaire an 13, qui décide que l'acte dont il s'agit, ne donnait lieu qu'au droit de 50 cent. par cent, auquel les retraits sont soumis par le n. 11 du §. 2 de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, et ordonne en conséquence la restitution de ce qui a été perçu au-delà de cette proportion. — Recours en cassation contre ce jugement. — Par arrêt du 5 août 1806, au rapport de M. Oudart, — « Vu l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que la vente faite par la dame Marconnay au sieur Ribaud, du domaine de Marconnay, avec réserve de remeré en faveur des descendans de son nom, a produit une mutation de propriete au profit du sieur Ribaud; que l'exercice de la faculte de remeré par la dame Montbrun, fille de la dame Marconnay, du vivant de celle-ci, a produit une mutation de propriété à son profit; que le n. 11 du §. 2 de l'art. 69 de la même loi ne peut s'entendre que des retraits exercés par le vendeur lui-même, en vertu de la reserve, qui n'emportent qu'un retour de propriété, ou de tous autres actes qui n'emportent pas mutation; que si le retrait eût été exercé par la dame Marconnay, venderesse, et eût produit le retour d'une ancienne propriété, le domaine de Marconnay n'eût pu devenir la propriété de la dame Montbrun du vivant de sa mère, que par un acte d'aliénation, moyennant une valeur vénale, ou par une donation, deux sortes de dispositions qui sont soumises au droit proportionnel, comme transmissives de propriété; savoir, la première au droit de 4 pour cent, et la seconde au droit de 2 fr. 50 cent. pour cent, suivant le n. 1 du §. 7, et le n. 11 du §. 2 de l'art. 69 de la même loi; la cour casse et annulle..... »

§. VIII. *Quelle est la quotité du droit proportionnel dont est passible un retrait conventionnel exercé après le délai fixé par le contrat de vente, mais*

Digitized by Google

en vertu d'une prorogation accordée par le juge?

Le 4 brumaire an 11, le sieur Bosio vend quelques immeubles au sieur Michelis, et se réserve la faculté de les racheter pendant un an. — Le 24 frimaire an 12, ordonnance du tribunal civil de Coni qui, à la demande du sieur Bosio, motivée sur des contestations élevées entre les parties, proroge à quatre mois la faculté de rachat. — Le sieur Michelis forme opposition à cette ordonnance. — Le 12 floréal suivant, son opposition est rejetée. — Le 24 du même mois, second jugement, qui accorde au sieur Bosio une nouvelle prorogation de quinze jours. — Le 9 prairial de la même année, le sieur Bosio exerce le retrait par un acte public. — Cet acte présenté à l'Enregistrement, question de savoir s'il est soumis au droit dû pour une nouvelle transmission de propriété; ou s'il ne doit que celui auquel sont sujets les actes de retrait exercés dans le délai convenu. — Le 1er thermidor an 12, jugement du tribunal civil de Coni, qui prononce en faveur de la seconde opinion. — Mais la régie s'étant pourvue en cassation, par arrêt du 22 brumaire an 14, au rapport de M. Boyer, — « Vu l'art. 69, §. 2, n. 11, de la loi du 22 frimaire an 7, sur l'Enregistrement; attendu que le droit de 50 centimes par cent francs, dont parle cet article, ne s'applique qu'aux retraits ou rémérés exercés dans le délai convenu par le contrat de vente; tandis qu'au contraire les retraits exercés après ce délai, doivent être considérés comme des rétrocessions sujettes au droit de 4 fr. par cent francs, établi par le n°. 6 du §. 7 du même article;—Que, dans l'espèce, le retrait exercé par le sieur Bosio, le 9 prairial an 12, l'a été après le délai d'un an porté au contrat de vente par lui consenti au profit du sieur Michelis, eu date du 14 brumaire an 11; — Qu'à la vérité, le sieur Bosio avait obtenu du tribunal civil de l'arrondissement de Coni, divers jugemens, sous la date des 24 frimaire et 24 floréal an 12, portant prorogation de ce délai; mais qu'en supposant la régularité de ces diverses prorogations successives, les jugemens qui les ont ordonnées, ne peuvent avoir d'effet que dans le seul intérêt des parties, et ne peuvent porter aucun préjudice aux intérêts du fisc, qui n'y est point intervenu, et auquel ils sont entièrement étrangers; — Qu'il suit de là, qu'en réduisant, sous le prétexte de ces prorogations, à 50 centimes par cent francs, le droit d'Enregistrement perçu par la régie, sur l'acte de rémeré exercé par le sieur Bosio, le 9 prairial an 12, le tribunal civil de Coni a faussement appliqué l'art. 69, §. 2, n° 11, de la loi du 22 frimaire an 7, et violé les dispositions du n°. 6, §. 7, du même article; la cour casse et annulle.... ».

§. IX. *Le cessionnaire d'un droit de réméré jouit-il, en l'exerçant, de l'avantage accordé par la loi au vendeur qui s'est réservé ce droit, de ne payer que cinquante centimes par cent francs du prix qu'il rembourse?*

Le 21 fructidor an 9, acte notarié, par lequel les héritiers Weillermans vendent au sieur Grière, avec faculté de rachat pendant deux ans, des immeubles dont le prix est porté à 6,000 francs. — Le 9 frimaire an 11, les héritiers Weillermans cèdent leur droit de réméré au sieur Haesebeyt, moyennant 2,400 fr. — Celui-ci exerce aussitôt le retrait; et, par acte du 18 du même mois, le sieur Grière reconnaissant avoir reçu de lui le prix principal et les frais de son acquisition, lui rétrocède la propriété des biens dont il s'agit. — Cet acte présenté à l'Enregistrement, le receveur perçoit un droit de quatre pour cent. — Le sieur Haesebeyt réclame contre cette perception, et prétend ne devoir que 50 centimes par cent francs. — Par jugement du 24 ventose an 11, le tribunal civil de Gand accueille cette réclamation, « attendu que les trois actes des 2 fructidor an 9, 9 et 18 frimaire an 11 ne forment qu'une seule vente, assujettie au droit d'Enregistrement de 4 pour cent; et que le dernier de ces actes, qui constate l'exercice du droit de rémére, se trouve classé sous le n° 11, §. 2, de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, qui n'assujettit qu'au droit de 50 centimes par cent fr., les retraits exercés en vertu de rémérés stipulés dans les ventes ». — Mais, sur le recours de la régie, arrêt du 21 germinal an 12, au rapport de M. Cochard, par lequel, — « Attendu 1°. que dans les vrais principes, la vente à faculté de réméré est translative de propriété et parfaite, quoique résoluble sous condition, lorsqu'en vertu de cette clause, le vendeur exerce lui-même le retrait dans le délai fixé par la vente; — Que l'acte par lequel s'opère ce retour de l'immeuble aliéné dans les mains de l'ancien propriétaire, n'est qu'une simple résolution de la vente, et qu'il n'opère aucune mutation; que c'est par cette raison que le n°. 1er, §. 2, de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, range cette espèce de contrat dans la classe des actes qui, ne portant qu'une simple libération de sommes et valeurs mobilières, ne sont assujettis qu'au droit fixe de 50 centimes pour cent; — Attendu, 2°. qu'il n'en est pas de même, lorsque le retrait est exercé par un tiers, en vertu de la cession que le vendeur lui a faite de la faculté de reméré qu'il s'était réservée; que, dans ce cas, la remise de l'immeuble consentie en faveur de ce cessionnaire, doit opérer incontestablement le même effet que si le vendeur eût exercé lui-même le retrait conventionnel, et qu'il eût ensuite vendu les biens au tiers qui en est mis en possession; qu'ainsi, la transmission de propriété n'est point faite par l'acquéreur que le retrait exproprie, mais bien par le vendeur originaire, au nom duquel le retrait est exercé; — Attendu, 3°. que ces principes, généralement reconnus et constamment suivis, n'ont point été changés ni modifiés par la loi du 22 frimaire an 7; qu'ils doivent continuer à servir de règle pour distinguer le retrait proprement dit, c'est-à-dire, celui

Digitized by Google

qui est exercé par le vendeur lui-même, et auquel s'appliquent les dispositions du n°. 1er, §. 2, de l'art. 69 de ladite loi, de celui qui, étant fait par un tiers cessionnaire de la faculte de réméré, opère de fait une nouvelle mutation dont le prix se compose, tant de la somme stipulée pour le prix de la cession de la faculté de réméré, que de celle remboursée au premier acquéreur;—Attendu, 4°. que le retrait dont il s'agit, est de cette espèce; d'où il suit qu'en affranchissant la seconde vente, ou, pour mieux dire, l'acte d'exercice du retrait cédé au défendeur, du droit de mutation qui en était la suite nécessaire, les juges du tribunal de Gand ont fait une fausse application du n° 1er dudit §. 2 de l'art. 69 de ladite loi; — Le tribunal casse et annulle....»

§. X. 1°. *Est-il dû un droit proportionnel d'Enregistrement sur la déclaration de command ou élection d'ami, lorsqu'elle n'a pas été notifiée à la régie de l'Enregistrement, mais seulement au command ou à l'ami élu, dans les vingt-quatre heures du contrat d'acquisition?*

2°. *Que doit-on décider à cet égard, lorsque la déclaration de command a pour objet un jugement d'adjudication, soit volontaire, soit forcée?*

La première de ces questions a été jugée pour l'affirmative, par plusieurs arrêts de la cour de cassation, qui sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 2.

La seconde l'a été dans le même sens par deux autres arrêts dont voici les espèces:

Le 13 fructidor an 11, Jean Rouleaux devient adjudicataire, sur expropriation forcée, avec réserve expresse du droit de command, d'une maison située à Caen et appartenant à Jean-Jacques de Châlons. — Le lendemain 14, et dans les vingt-quatre heures, il déclare au bas du jugement d'adjudication, qu'il a acquis pour le compte et au profit de la demoiselle Anne Le Dain. — Cinq jours après cette déclaration, le 19 fructidor, le jugement d'adjudication est présenté à l'Enregistrement. — Le receveur perçoit un droit *proportionnel* pour la vente, et un droit *fixe* pour la déclaration de command. — Le 3 floréal an 13, ce même receveur décerne contre la demoiselle Le Dain, alors épouse du sieur Philippin, une contrainte en paiement de 610 fr. 50 cent., tant pour le droit principal et la subvention, que pour le double droit d'Enregistrement de la déclaration de command passée à son profit le 14 fructidor an 11, par Jean Rouleaux, faute par elle d'avoir fait notifier cette déclaration au receveur, dans les vingt-quatre heures de l'adjudication. — La dame Philippin forme opposition à cette contrainte; et l'affaire s'engage devant le tribunal de première instance de Caen, qui, par jugement du 5 fructidor an 13, déclare la contrainte nulle, — « Attendu, 1°. que l'art. 19 du chap. 1 de la loi du 11 brumaire an 7, concernant l'expropriation forcée, exige seulement que ceux qui enchériront pour un tiers, fassent au pied du procès-verbal d'adjudication, dans les vingt-quatre heures, leur déclaration de command, sous peine d'être réputés adjudicataires directs, et tenus comme tels de satisfaire à toutes les charges et suites de l'adjudication; — 2°. Que la loi du 22 frimaire an 7, concernant l'Enregistrement, n'a rien changé aux dispositions de l'art. 19 de la loi du 11 brumaire, pareeque l'art. 68, n°. 24, de cette loi du 22 frimaire, qui traite des formalités à suivre dans les élections de command, n'a d'application qu'aux adjudications *volontaires* et aux contrats *reçus par les notaires*, pour lesquels la loi du 11 brumaire n'est pas applicable; 3°. Qu'il est constant en fait que Rouleaux a fait, au profit de la dame Philippin, sa déclaration de command dans les vingt-quatre heures; que par consequent il a rempli toutes les formalités que la loi de brumaire ait exigées pour dégager l'adjudicataire à titre de command, des obligations que lui impose l'adjudication; qu'il s'ensuit qu'il ne s'est opéré en sa faveur aucune mutation; et que le droit résultant de la seule mutation qui ait eu lieu en faveur de la dame Philippin, ayant été acquitté, cette dernière a entièrement satisfait aux obligations qui lui étaient imposées par suite de la remise à elle faite dans le délai légal, de l'adjudication passée au profit du sieur Rouleaux ».—Mais la régie de l'Enregistrement se pourvoit en cassation; et par arrêt du 15 octobre 1806, — « Vu l'art. 19 de la loi du 11 brumaire an 7; les art. 68, §. 7, n°. 24, et 69, §. 7, n°. 3, de la loi du 22 frimaire de la même année; — Considérant que, si l'art. 19 de la loi du 11 brumaire an 7, particulière au régime hypothécaire et aux expropriations forcées, ne parle pas de l'*obligation de notifier* la déclaration de command dans les vingt-quatre heures de l'adjudication, il résulte de l'ensemble des art. 68, §. 1, n°. 24, et 69, §. 7, n°. 3, de la loi du 22 frimaire (particulière à l'Enregistrement), que *toute* declaration de command, pour n'être pas soumise au droit proportionnel de 4 fr. pour 100 fr., *doit avoir été notifiée dans les vingt-quatre heures* de l'adjudication ou du contrat; formalité d'autant plus facile à remplir qu'il suffit d'avoir dénoncé purement et simplement à la régie que la déclaration de command a été faite conformément à la loi; — Considérant que la loi du 22 frimaire étant postérieure à celle du 11 brumaire, qui d'ailleurs n'a rien réglé sur l'Enregistrement en matière d'expropriation forcée, et ne faisant aucune distinction entre les adjudications volontaires et les adjudications forcées, on ne peut pas dire, comme l'a fait le jugement attaqué, que les art. 68 et 69 de la première de ces lois ne sont applicables qu'aux adjudications *purement volontaires*; — D'où il résulte que le tribunal de première instance de Caen, en restreignant ainsi la demande de la régie, a faussement appliqué la loi du 11 brumaire an 7, et violé celle du 22 frimaire de la même annee; — Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

Digitized by Google

Le 10 prairial an 11, Hector Tartareau, *agissant pour ami élu ou à élire*, se rend adjudicataire de divers immeubles mis en vente à l'audience du tribunal civil de Saint-Girons. — Le lendemain, avant midi, procès-verbal du greffier qui constate, au bas du jugement d'adjudication, que Tartareau est venu lui déclarer qu'il élit le sieur Estaque; mais cette election de command n'est notifiée au receveur que le 1er messidor suivant, c'est-à-dire, au moment où on lui présente le jugement d'adjudication pour l'enregistrer. — Contestation entre la régie et le sieur Estaque sur le point de savoir, si ce dernier doit payer le droit fixe ou le droit proportionnel. — Par jugement du 17 messidor an 12, le tribunal de Saint-Girons décide, que le sieur Estaque ne doit que le droit fixe, « attendu, dit-il, que la déclaration de command a été faite dans les vingt-quatre heures de l'adjudication, au greffier du tribunal; que la nécessité de notifier cette déclaration à la régie dans le même delai, ne doit avoir lieu que pour les déclarations faites par acte notarié, afin d'éviter les fraudes; que l'on ne peut craindre aucune fraude de la part des greffiers, puisque la régie pourrait toujours la découvrir par l'examen des registres du greffe; qu'enfin Tartareau n'a jamais pu, dans l'espèce, être envisagé comme acquéreur, dès-lors qu'il avait enchéri *pour un ami élu ou à élire* ». — La régie demande la cassation de ce jugement; et par arrêt du 18 novembre 1806, au rapport de M. Botton-Castellamonte, — « Vu l'art. 68, §. 1, n. 24, de la loi du 22 frimaire an 7; vu aussi l'art. 69, §. 7, n. 3, de la même loi; et attendu, 1°. que Tartareau a dû être et a été en effet considéré comme adjudicataire, puisque dans le procès-verbal d'adjudication, il s'était borné à déclarer qu'il agissait *pour un ami élu ou à élire*, ce qui n'a pu signifier autre chose que la réserve d'elire un command ou un ami; 2°. que la déclaration de command faite par Tartareau dans les vingt-quatre heures de l'adjudication, entre les mains du greffier, n'a pu suffire pour exempter cette déclaration du droit proportionnel, puisque l'art. 68 précite exige en outre que la declaration soit notifiée au receveur de l'Enregistrement dans le même délai; 3°. Qu'en ne considerant comme reellement exécutées dans les vingt-quatre heures, que les déclarations notifiées dans le même delai, la loi a voulu prévenir les fraudes, relativement à la vraie date de la declaration; 4°. Que ce motif de la loi s'applique, non seulement aux déclarations reçues par des notaires, mais encore, et à plus forte raison, à celles reçues par les greffiers, auxquels la loi accorde un delai plus long pour l'Enregistrement de leurs actes; 5°. Qu'il est constant en fait dans l'espèce, que la notification de la déclaration du command n'a pas été faite dans le delai voulu par l'art. 68; d'où il suit, que le tribunal de Saint-Girons y a contrevenu, ainsi qu'à l'art. 69 précité, en ne soumettant qu'au droit fixe une pareille déclaration; la cour casse et annulle... »

§. XI. *Le cessionnaire d'un droit de congément ne doit-il, pour l'Enregistrement de son titre, que les droits auxquels sont assujettis les transports de meubles; ou bien est-il tenu d'en payer les mêmes droits de mutation auxquels sont soumis les actes translatifs de propriétés immobilières?*

Un arrêt de la cour de cassation du 25 nivose an 10, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 553, a jugé que, dans ce cas, le droit fixé pour les actes translatifs de propriétés immobilières, est dû; et cela, par une consequence de ce principe du droit convenancier, que les droits réparatoires des domaines congeables tiennent nature d'immeubles dans les mutations qui s'en opèrent au profit de tout autre que le propriétaire foncier.

§. XII. *La disposition de l'art. 70, §. 3, n°. 15, de la loi du 22 frimaire an 7, qui affranchit du droit d'Enregistrement les endossemens de billets à ordre, est-elle applicable à l'endossement d'une obligation notariée par une clause de laquelle le creancier a été autorisé à la transporter par un simple ordre?*

Un jugement du tribunal civil d'Angers qui avait adopte la negative, a été casse par un arrêt de la cour de cassation du 5 pluviose an 11. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 298.

§. XIII. *Peut-on produire en justice, sans les avoir fait enregistrer, les actes sous seing-privé qui, avant l'établissement du droit d'Enregistrement dans les pays reunis, y avaient acquis une date certaine?*

Par acte sous seing-privé du 10 novembre 1788, passé dans la partie du ci-devant electorat de Mayence qui est située sur la rive gauche du Rhin, le sieur Auffchencider cède certains objets moyennant une somme payable à terme. — Le cessionnaire, de qui ce billet est signé, meurt en 1789. — Après la réunion de cette partie de l'Allemagne au territoire français, Auffchencider se pourvoit devant le tribunal civil de l'arrondissement de Mayence, pour faire condamner les héritiers de son cessionnaire à lui payer le prix convenu par l'acte du 10 novembre 1788, qu'il produit sans l'avoir fait enregistrer; et il obtient un jugement conforme à sa demande. — Le 13 vendémiaire an 10, contrainte en paiement d'une somme de 4,511 fr., pour le droit d'Enregistrement de l'acte du 10 novembre 1788. — Opposition de la part d'Auffchencider, fondée sur ce que l'acte dont il s'agit, ayant, par le décès de l'un de ses signataires, arrivé en 1789, acquis une date certaine avant l'établissement du droit d'Enregistrement dans le département du Mont-Tonnerre, il est affranchi de cette formalité par la loi du 22 frimaire an 7, art. 70, §. 3, n. 16. — La régie convient que la date de l'acte est devenue certaine dès 1789;

Digitized by Google

mais elle soutient que d'après les art. 23, 42 et 47 de la loi du 22 frimaire an 7, Aufscheneider n'a pas pu le produire en justice, sans l'avoir préalablement soumis à l'Enregistrement; elle ajoute qu'Aufscheneider est d'autant moins excusable, qu'il ne s'est pas conformé aux arrêtés du commissaire du gouvernement dans les départemens de la rive gauche du Rhin, des 7 fructidor an 7, 3 nivose et 19 ventose an 8, qui prescrivent le *visa* des actes sous signature privée, antérieurs à l'établissement du droit d'Enregistrement. — Le 14 floréal an 10, jugement du tribunal civil de Mayence, qui, adoptant cette défense, déboute Aufscheneider de son opposition à la contrainte. — Mais Aufscheneider s'étant pourvu en cassation, arrêt du 29 brumaire an 12, au rapport de M. Ruperou, par lequel, — « Considérant que les art. 23, 42 et 47 de la loi du 22 frimaire an 7 ne sont applicables qu'aux actes sous seings-privés soumis à la formalité de l'Enregistrement, en vertu de la *règle générale*; que l'art. 70, §. 3, n°. 16, forme exception à cette règle et dispense de la formalité de l'Enregistrement les actes sous seings-privés qui, dans les pays réunis, ont acquis une date certaine avant l'établissement de l'Enregistrement; — Que les arrêtés des 7 fructidor an 7, 3 nivose et 19 ventose an 8 sont d'autant moins applicables à l'espèce, qu'ayant pour objet de prévenir les fraudes par lesquelles il eût été possible de faire paraître authentiques et antérieurs à l'établissement de l'Enregistrement, des actes passés depuis cet établissement, ils sont étrangers aux actes qui avaient acquis une certitude de date, que la fraude n'avait pu créer; — Enfin, que devant le tribunal civil de Mont-Tonnerre, Aufscheneider ayant soutenu que l'acte de cession dont il s'agit avait acquis, avant l'établissement de l'Enregistrement, une date certaine, notamment par le décès de l'un des signataires, arrivée en 1789, et la régie, loin de contester la vérité de cette assertion, ayant déclaré qu'elle n'entendait point élever de doute sur la certitude de cette date, il en résultait qu'aux termes de la disposition précitée de l'art. 70 de la loi du 22 frimaire an 7, l'acte en question n'était plus soumis à l'Enregistrement; et que par conséquent le jugement attaqué a violé cette disposition de l'art. 70, et faussement appliqué, tant les art. 23, 42 et 47 de la même loi, que les arrêtés du commissaire général du gouvernement dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, en date des 7 fructidor an 7, 3 nivose et 19 ventose an 8; le tribunal casse et annulle... ».

§. XIV. *Lorsque la caution d'un fermier, obligée de payer pour lui, se fait subroger à son bail, cette subrogation donne-t-elle ouverture au droit proportionnel qui est dû pour les retrocessions de baux?*

Le 25 ventose an 10, l'octroi municipal de Lyon est affermé aux sieurs Dureste et Isnard, sous le cautionnement du sieur Bigot, qui fournit un cautionnement en immeubles. — Dureste et Isnard ne satisfaisant point à leurs obligations, la commune de Lyon poursuit le sieur Bigot. — Celui-ci demande à la commune son consentement pour continuer le bail en son propre nom. — Le 19 fructidor de la même année, le conseil municipal de Lyon prend une délibération, par laquelle il consent que le sieur Bigot, caution des adjudicataires de l'octroi, soit *subrogé* à leur place. — Le 6 brumaire an 12, arrêté du ministre de l'intérieur, ainsi conçu: « L'arrêté du conseil de la commune de Lyon, sous la date du 19 fructidor dernier, portant consentement à *la subrogation* de Bigot, caution, à la place des adjudicataires, sera exécuté.... Bigot sera tenu de payer, dans douze jours, tout ce qui est dû par les adjudicataires résilies ». — Le sieur Bigot prend possession du bail par l'entremise du sieur Guille, son fondé de pouvoir et son associé. — Environ quatre mois après, le sieur Bigot donne une pétition au préfet du département du Rhône, par laquelle il demande que le sieur Guille, auquel *il a cédé ses droits*, soit definitivement nommé fermier de l'octroi, à la charge de fournir un cautionnement en immeubles, égal à celui qu'avait fourni le sieur Bigot pour le remplacer. — Guille écrit au préfet pour donner son adhésion à la demande de Bigot. — Par arrêté du 7 germinal an 12, le préfet nomme Guille fermier à la place de Bigot, et ordonne que l'inscription hypothécaire prise sur les biens de Bigot, sera transférée sur les biens de Guille. Ce transfert d'hypothèque est exécuté, et le ministre des finances approuve l'arrêté du préfet. — Les choses en cet état, la régie décerne contre Guille une contrainte en paiement des droits proportionnels qu'elle prétend avoir été ouverts, tant par la délibération du 29 fructidor an 11, que par l'arrêté du 7 germinal an 12, qu'elle présente comme deux subrogations successives dans le bail de l'octroi de Lyon. — Guille forme opposition à cette contrainte; et par jugement du 10 thermidor an 13, le tribunal civil de Lyon l'en décharge, « attendu, respectivement à la délibération du 19 fructidor an 11, que cette délibération ne renferme aucune subrogation au profit de Bigot; que celui-ci étant caution des adjudicataires, et obligé de payer à leur place, était subrogé de droit; et qu'ainsi la délibération n'était qu'un acte inutile ou surabondant; relativement à l'arrêté du préfet du 7 germinal an 12, que cet arrêté n'est qu'un acte administratif, qui a admis Guille à l'exercice d'un droit accordé par l'adjudication, celui de prendre un associé et d'indiquer le régisseur ». — Recours en cassation contre ce jugement; et le 29 octobre 1806, arrêt, au rapport de M. Gandon, par lequel, — « Vu l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, portant, §. 3, n°. 2: *Sont soumis au droit proportionnel de..... les baux à ferme ou à loyer et les sous-baux, subrogations, cessions et rétrocessions de baux;* — Considérant, 1°. que la caution d'un fermier qui paye le propriétaire locateur, est bien subrogée jusqu'à concurrence dans les droits de celui-ci, mais non pas dans les droits

Digitized by Google

du fermier; que Bigot a demandé à la commune de Lyon à être subrogé dans le bail à la place des adjudicataires; que la commune a consenti à cette subrogation par son arrêté du 19 fructidor an 11; et que le ministre de l'intérieur a ordonné que l'arrêté de la commune, portant son consentement à ladite subrogation, serait exécuté; qu'ainsi s'est formée une subrogation qui n'existait antérieurement ni dans le droit, ni par aucune convention; — Considérant, 2°. que Bigot, subrogé au bail et en possession de ce bail, a cédé ses droits à Guille, l'a fait nommer régisseur de ce bail, qui était une régie intéressée, et l'a soumis à fournir un cautionnement en immeubles, en remplacement de celui qu'il avait fourni lui-même; que la cession a été acceptée par Guille, qui a fourni le cautionnement, et qu'elle a été autorisée par l'autorité administrative; en sorte que Guille a été investi de tous les droits dans lesquels Bigot avait été subrogé; — D'où il résulte qu'il y a d'abord eu subrogation dans le bail au profit de Bigot, et ensuite cession du même bail par Bigot au profit de Guille, subrogation et cession soumises au droit proportionnel par l'article cité de la loi du 22 frimaire an 7; — La cour casse et annulle... ».

§. XV. *Lorsque par un contrat de vente, il est stipulé que l'acquéreur paiera le droit d'Enregistrement en déduction du prix convenu, doit-on, pour la liquidation de ce droit, déduire du prix la somme à laquelle ce droit s'élève?*

Le 16 thermidor an 9, la forêt de *Landes-Pourrins* est mise aux enchères à l'audience du tribunal civil de Mortain; l'une des clauses du cahier des charges porte que *l'adjudicataire paiera les droits d'Enregistrement et de transcription en déduction du prix de son adjudication.* — Les sieurs Bachelier et Dinglemare, derniers enchérisseurs, demeurent adjudicataires moyennant la somme de 600,000 francs. — Le jugement d'adjudication présenté à l'Enregistrement et à la transcription, le receveur perçoit les deux droits sur la somme de 600,000 francs, sans distraction du montant des droits mêmes. — Les sieurs Bachelier et Dinglemare réclament contre cette liquidation. — Par jugement du tribunal civil de Mortain, la régie est condamnée à leur restituer les droits perçus sur le montant de ceux d'Enregistrement et de transcription. — La régie se pourvoit en cassation. Mais par arrêt du 25 germinal an 13, au rapport de M. Lombard, — « Vu l'art. 15, n°. 6, et l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an 7, sur l'Enregistrement; attendu qu'une des conditions des charges sur lesquelles l'adjudication des biens de Collet devait se faire, portait que l'adjudicataire paierait, mais en déduction du prix de l'adjudication, les frais de délivrance d'Enregistrement, de la signification, de l'adjudication, de la transcription, etc.; que ce fut en conséquence de cette condition et autres portées au cahier des charges, que Dinglemare et Bachelier se rendirent adjudicataires, le 16 thermidor an 9, de ces biens, au prix de 600,000 francs; que dès-lors, le prix de cette adjudication n'a consisté qu'en ce qui resterait de la somme de 600,000 francs, après en avoir déduit ou retranché les frais de délivrance, d'Enregistrement, de la signification de l'adjudication, de transcription, etc.; qu'enfin le droit d'Enregistrement ayant été perçu sur la somme entière de 600,000 francs, quoique les frais ci-dessus désignés ne fussent pas à la charge des adjudicataires, aux termes du cahier des charges, sur lequel l'adjudication avait eu lieu, le tribunal civil de Mortain, par son jugement du 16 brumaire dernier, n'a contrevenu ni à la loi du 22 frimaire an 7, ni à aucune autre, en ordonnant la restitution de ce qui avait été trop perçu des adjudicataires, pour le droit d'Enregistrement de l'adjudication; la cour rejette ».

§. XVI. *Est-il dû un droit proportionnel pour le jugement qui, faute de paiement des arrérages d'une rente foncière, renvoie le bailleur en possession du fonds grevé de cette rente? Ou bien ce droit n'est-il exigible qu'après que le jugement a été exécuté par la rentrée du bailleur dans la possession de ce fonds?*

Le sieur Thillard avait *fieffé* (on baillé à rente) un immeuble au sieur Thelot. — A défaut de paiement des arrérages de cette rente, jugement du 5 messidor an 11, qui renvoie le sieur Thillard en possession de son bien. — Vingt-quatre jours s'étant écoulés sans que le jugement ait été présenté à l'Enregistrement, une contrainte est décernée contre le sieur Thillard pour le forcer à payer une somme de 600 francs pour le droit proportionnel auquel donne lieu la mutation opérée par le jugement. — Le sieur Thillard forme opposition à cette contrainte; et par jugement du 30 thermidor an 12, il est déchargé, « attendu que le jugement d'envoi ne constitue pas la mutation, qu'il n'en est tout au plus que le préliminaire; que le débiteur peut empêcher l'effet de l'envoi en possession, en payant au créancier la somme due, et que l'acte de reprise de possession est seul constitutif de la mutation ». — Mais la régie s'étant pourvue en cassation, arrêt du 26 frimaire an 14, au rapport de M. Schwendt, par lequel, — « Vu les art. 7, 20, 37 et 69, §. 7, n°. 1, de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant qu'un jugement de renvoi en possession forme le titre de transmission de la propriété; que l'acte de prise de possession n'en est que l'exécution; — Que l'art. 69, §. 7, n°. 1, assujettit formellement au droit proportionnel les actes civils et judiciaires, translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles, tandis que par l'art. 68, §. 1er, n°. 3, elle n'assujettit qu'à un droit fixe les prises de possession; — Qu'ainsi de la combinaison des articles cités, il résulte évidemment que la loi affecte le droit proportionnel au jugement portant transmission, et non à l'acte de prise de possession; et que l'art. 12 de la loi du 27 ventose an 9 ne peut recevoir d'application

Digitized by Google

dans l'espèce, l'acquéreur, débiteur de la rente, ayant été en jouissance de l'immeuble; — La cour casse et annulle..... »

§. XVII. *L'acte par lequel le débiteur d'une lettre de change hypothèque des immeubles pour sûreté du paiement de cet effet, est-il passible du droit proportionnel d'un cent pour cent, ou n'est-il sujet qu'au droit fixe d'un franc?*

Le 22 et le 23 germinal an 8, actes notariés par lesquels le sieur Lussie hypothèque des immeubles au profit des sieurs Nivet, Dupuis et Vankrukinse, pour sûreté du paiement de six lettres de change qu'il a précédemment acceptées.—Le receveur de l'Enregistrement ne perçoit d'abord, sur chacun de ces actes, que le droit fixe d'un franc. Mais bientôt forcé en recette, il décerne contre le sieur Lussie une contrainte pour un supplément de 583 francs, calculé à raison d'un pour cent de la somme totale des lettres de change. — Le sieur Lussie forme opposition à cette contrainte; et le 14 fructidor an 10, un jugement du tribunal civil de Bruxelles la déclare nulle, « attendu que les lettres de change sont exemptes de la formalité de l'Enregistrement; et que les déclarations d'hypothèques dont il s'agit, n'étant qu'une suite des six lettres de change acceptées par le sieur Lussie, ne peuvent être considérées comme des obligations de la nature de celles dont parlent les art. 4 et 69 de la loi du 22 frimaire an 7, mais bien comme *des déclarations pures et simples* qui ne sont sujettes qu'à un droit fixe d'un franc, avec d'autant plus de raison que les déclarations d'hypothèques ne sont dénommées dans aucun des articles de la loi sur l'Enregistrement; et que le n°. 51 du §. 1 de l'art. 68 n'assujettit qu'au droit fixe d'un franc tous actes non mentionnés dans cette loi ». — Mais la régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 21 prairial an 12, au rapport de M. Ruperou, — « Considérant, en premier lieu, que si l'art. 70, §. 3, n°. 15, exempte, en faveur du commerce, les lettres de change de la formalité de l'Enregistrement, on ne peut en inférer que l'acte par lequel l'accepteur affecte et hypothèque spécialement des immeubles au paiement du montant d'une lettre de change, doive aussi être exempt de la même formalité; qu'en effet, un pareil acte, non seulement altère le caractère primitif de la lettre de change, en lui donnant les avantages des obligations civiles, et en ajoutant une garantie immobilière à la simple garantie personnelle, mais encore contient dans la réalité une obligation nouvelle et distincte de la première; — Considérant, en second lieu, que l'acte contenant déclaration d'hypothèque, n'étant dénommé nulle part dans la loi du 22 frimaire an 7, on ne peut pas dire qu'il ne soit soumis qu'à un droit fixe d'un franc, d'après le n°. 51 du §. 1er de l'art. 68 de cette loi, parceque la disposition de ce n°. n'assujettissant qu'au droit fixe les actes non dénommés dans la loi, en excepte ceux qui seraient de nature à donner lieu au droit proportionnel; — Qu'il est évident que les actes de déclaration d'hypothèque dont il s'agit, contenant une obligation effective, distincte de celle resultante des lettres de change, ne peuvent être assimilés aux déclarations pures et simples, qui, d'après le n°. 23 de l'art. 68, ne sont sujets qu'à un droit fixe, mais doivent être rangés dans la classe de tous les actes contenant obligation de sommes déterminées, lesquels, d'après l'art. 4 et l'art. 69, §. 3, n°. 3, sont sujets au droit proportionnel; — D'où il suit que le tribunal d'arrondissement de Bruxelles a violé l'art. 4, le n°. 3 du §. 3 de l'art. 69, le n°. 51 du §. 1er de l'art. 68, et faussement appliqué le n°. 23 de l'art. 68, et le n°. 15 du §. 3 de l'art. 70 de la loi du 22 frimaire an 7; — Par ces motifs, la cour casse et annulle... »

§. XVIII. *Les entrepreneurs de grands travaux d'utilité publique, qui ont été affranchis par l'ancien gouvernement de toutes impositions et notamment des droits de contrôle, sont-ils aujourd'hui exempts du droit d'Enregistrement?*

Par lettres-patentes de 1771 et 1774, le sieur Perrache, entrepreneur du desséchement d'une île formée à Lyon par le Rhône, avait été affranchi, pour l'espace de quarante ans, de toutes impositions, et notamment des droits de contrôle qui pourraient être dus à raison des actes qu'il passerait relativement aux choses qui étaient l'objet de son entreprise. — Le 11 germinal an 7, le sieur Perrache et ses associés passèrent deux baux à ferme d'une partie des fonds qu'ils étaient parvenus à dessécher. — Ces baux présentés à l'Enregistrement, perception de 1,040 fr. — Demande en restitution de cette somme. — Le 11 ventose an 13, jugement du tribunal civil de Lyon, qui condamne la regie à restituer le droit perçu. — Recours en cassation. Par arrêt du 2 avril 1806, au rapport de M. Lasaudade, — « Vu la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que cette loi assujettit au droit proportionnel d'Enregistrement, les baux passés devant notaires et sous seings-privés; que cette loi qui a énuméré les actes qui doivent jouir de l'exemption du droit d'Enregistrement, et ceux qui ne sont assujettis qu'à un droit fixe, n'a compris dans l'une ni dans l'autre classe, les actes faits par les entrepreneurs des travaux Perrache, ou de défrichemens en général; que l'exemption ou modération de la contribution foncière accordée auxdits entrepreneurs par les lois du 1er décembre 1790 et 3 frimaire an 7, quoique dédnite des mêmes principes, ne peut point être étendue par le pouvoir judiciaire, à l'exemption ou modération des droits d'Enregistrement, sans usurpation du pouvoir législatif; la cour casse et annulle..... ».

§. XIX. *La déchéance qu'un acquéreur de biens nationaux a encourue par le défaut de paiement du prix de son adjudication, le dispense-t-elle du*

Digitized by Google

droit d'Enregistrement auquel son adjudication a donné ouverture ?

Le tribunal civil de Gray avait jugé pour la négative le 9 frimaire an 9, en rejetant l'opposition de Jean-Ferdinand Villequet à une contrainte décernée contre lui. — Villequet s'est pourvu en cassation; mais son recours a été rejeté par arrêt du 4 ventose an 11, au rapport de M. Busschop, — « Attendu que la déchéance que le demandeur a encourue relativement auxdits biens, ne l'a point rendu exempt du paiement du droit d'Enregistrement, n'y ayant aucune loi qui décharge les acquéreurs de ces droits dans les cas de déchéance : d'où il résulte qu'en condamnant le demandeur à payer les droits d'Enregistrement à raison des adjudications susdites, le jugement dénoncé, bien loin d'avoir violé les lois des 16 floreal an 7 et 11 frimaire an 8, n'a fait que se conformer exactement aux lois de la matière ».

§. XX. *Ce qui, dans l'un des lots d'un partage, excède la valeur des autres lots, doit-il, pour la perception du droit d'Enregistrement, être considéré comme une véritable soulte, lorsque cet excédant est balancé par le montant des dettes ou charges communes dont sont grevés les biens qui composent le lot le plus fort ?*

Le 9 floréal an 10, acte passé devant Pantens, notaire à Bruxelles, par lequel les héritiers Moselman partagent en trois lots les successions de leur père et de leur mère. Ils composent deux de ces lots, d'immeubles évalués 15,661 fr.; et le troisième, de deux maisons dont ils fixent la valeur à la même somme, mais qu'ils grèvent en outre de deux rentes dues par les successions, et dont le capital s'élève à 37,752 fr. — Pour l'Enregistrement de cet acte, le receveur perçoit, outre le droit fixe de 3 fr., un droit proportionnel sur la plus value du lot composé de deux maisons. — Le notaire Pantens acquitte ce droit comme contraint, et se pourvoit en restitution. — Par jugement du 11 messidor an 11, le tribunal civil de Bruxelles, « considérant que les copartageans n'ont créé aucune soulte à leur profit; que l'un des lots est bien plus fort, mais que le service des rentes le rend égal aux autres », ordonne la restitution du droit proportionnel. — La régie se pourvoit en cassation; et le 6 thermidor an 12, arrêt, au rapport de M. Rousseau, par lequel, — « Vu les art. 4 et 69 de la loi du 22 frimaire an 7, qui assujettissent au droit proportionnel de 4 pour 100, toute transmission de propriété; et l'art. 15, n°. 7, de la même loi, portant que le droit sera perçu sans distraction des charges; — Et attendu que chacun des copartageans dans la succession, était saisi d'une portion égale des biens qui composaient ladite succession, à la charge de payer une partie correspondante des dettes; et que si un cohéritier prend une portion plus considérable des biens, sous la condition de payer une plus forte partie de la dette de la succession, c'est véritablement une cession d'une portion d'immeubles, de la part des cohéritiers qui l'abandonnent; et d'un autre côté, une acquisition de la part de celui qui la paye de ses deniers, jusqu'à concurrence d'une partie des dettes dont il n'était pas tenu à l'ouverture de la succession, et qui serait demeurée à la charge de ses cohéritiers, s'ils ne lui eussent cédé une portion des biens qui leur revenaient; — Qu'on ne peut pas avoir égard à la valeur des rentes, pour en inférer l'égalité de partage, puisqu'aux termes de la loi, la perception se fait sur les transmissions de propriété, *sans distraction des charges;* — Qu'ainsi, le jugement attaqué contrevient aux art. 4 et 69, et à l'art. 15, n°. 7, de la loi ci-dessus citée; — La cour casse et annulle.... ».

§. XXI. *Lorsqu'en vendant une rente constituée, le vendeur s'en réserve l'usufruit, le droit d'Enregistrement est-il dû sur le capital entier de la rente, ou bien doit-on en distraire la valeur de l'usufruit réservé ?*

Par contrat du 14 brumaire an 8, André-Alexandre Nésoudums vend à Auguste-Frédéric Tournal et à André-Jacques-Marie Lallier, une rente constituée de 1,850 fr., au principal de 37,000 fr., et *il s'en réserve l'usufruit.* — Ce contrat présenté à l'Enregistrement, le receveur perçoit le droit sur le capital entier de la rente, c'est-à-dire sur les 37,000 fr. — Tournal et Lallier réclament contre cette perception, et soutiennent qu'elle est excessive; que la propriété et l'usufruit d'un objet quelconque ont toujours été distingués; que la loi évalue l'usufruit à la moitié de la valeur entière de l'objet; que du moment qu'ils ne sont cessionnaires que de la nue propriété de la rente dont il s'agit, la perception du droit n'a dû s'établir que sur la moitié du capital constitué, c'est-à-dire, sur 18,500 fr. — Le 2 germinal an 13, jugement du tribunal civil du département de la Seine, qui déclare la réclamation bien fondée, et condamne la régie à leur restituer ce qu'elle a perçu de trop, « attendu, 1°. que l'acte dont il est question, ne contient transmission que de la nue propriété de la rente de 1,850 fr.; 2°. que si l'usufruit conservé par le vendeur, venait à être transmis par lui, soit à l'acquéreur de la nue propriété, soit à tout autre, il y aurait lieu à la perception d'un droit de mutation pour cet usufruit; mais que ce droit n'a pu être exigé et reçu par anticipation, l'événement de cette dernière mutation pouvant ne pas arriver ». — Mais la régie se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 1er septembre 1806, au rapport de M. Ruperou, — « vu le n°. 7 de l'art. 14 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu que, par cet article, le législateur a ordonné d'une manière absolue, que, pour le transport d'une rente, le droit de mutation se perceverait sur le capital constitué, *sans égard au prix stipulé;* et n'a pas distingué le cas où le cessionnaire ne pourrait jouir de la rente qu'à une

Digitized by Google

époque déterminée, de celui où il entrerait en jouissance sur-le-champ; que cette règle, ainsi posée sans distinction, est fondée sur ce que, dans l'un comme dans l'autre cas, la jouissance pleine et entière de la rente est assurée à l'acquéreur ou à ses ayant-cause: par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement rendu en dernier ressort, le 2 germinal an 13, par la 6e section du tribunal civil du département de la Seine, comme contraire au n°. 7 de l'art. 14 de la loi du 22 frimaire an 7....».

§. XXII. *Est-il permis aux tribunaux de s'écarter de la disposition de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, suivant laquelle « la mutation d'un immeuble, en propriété ou usufruit, est suffisamment établie, pour la demande du droit d'Enregistrement et la poursuite du paiement contre le nouveau possesseur, par l'inscription de son nom au rôle de la contribution foncière » ?*

Le 27 germinal an 6, le sieur Gehard-Loizilière acquiert, par acte public, le domaine de Monthiard. — Le 7 thermidor an 10, il revend ce domaine à la dame de Biré, qui en fait une déclaration de command au profit du sieur Daniel Vauguyon. — L'acte contenant cette revente, est presenté à l'Enregistrement; et la régie, après avoir perçu le droit, décerne contre l'acquéreur une contrainte en paiement d'un autre droit qu'elle soutient avoir été ouvert par une mutation intermédiaire qui a eu lieu, dit-elle, au profit du sieur Renusson, lequel, dans l'intervalle du 27 germinal an 6 au 7 thermidor an 10, a été imposé comme propriétaire du domaine de Monthiard, a paye comme tel, et a même sollicité et obtenu une reduction sur sa quote. — L'acquéreur forme opposition à cette contrainte, et met en cause le sieur Renusson. Celui-ci soutient que la régie n'est pas recevable à prétendre qu'il y ait eu deux ventes par un même propriétaire; que ce serait ou l'accuser de stellionat, ou supposer qu'il lui a été fait retrocession de la première vente, auquel cas il serait dû, non pas seulement *deux*, mais *trois* droits de mutation; qu'il n'est pas vrai qu'il ait payé de ses propres deniers les contributions imposées sur le domaine de Monthiard, ni qu'il en ait poursuivi et obtenu la réduction dans son intérêt personnel; qu'il n'a agi dans tout cela que comme régisseur et ami du propriétaire; que ces faits d'ailleurs, ne constateraient pas une mutation; que seulement ils la feraient présumer, et que toute presomption doit céder à l'évidence. — Le 17 brumaire an 15, jugement du tribunal civil du Mans, qui, sans juger vrai ni faux le fait des contributions prétendues payées par le sieur Renusson, et celui de la réduction prétendue accordée sur sa demande, déclare ces faits *insuffisans* pour établir la mutation, et annulle la contrainte. — Recours en cassation de la part de la régie; et le 4 pluviose an 12, au rapport de M. Lasaudade, arrêt par lequel, « vu l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant qu'il a été reconnu par l'instruction que Renusson a été inscrit au rôle des impositions foncières des communes de Neuville, d'Aigué et Bazoge, pour raison de ladite terre de Monthiard et dépendances, et qu'il a fait des paiemens d'après ces rôles; qu'il a touché des fermages, vendu des bois dépendans de la terre; que de tels actes suffisent pour établir la mutation de propriété ou usufruit d'un immeuble, pour la demande du droit d'Enregistrement; que les actes de vente et revente de l'an 6 et de l'an 10 ne sont point négatifs d'une propriété intermédiaire, ni incompatibles avec l'usufruit intermédiaire; le tribunal casse et annulle....».

Ganthier et sa femme avaient acquis, par contrat notarié du 27 mai 1784, une maison située à Bar-sur-Seine, et connue sous le nom de l'auberge de l'*Ecu*. Par un autre acte public du 10 germinal an 10, ils ont revendu cet immeuble à un sieur Damien; ce qui faisait supposer que, jusqu'à cette dernière époque, ils en étaient toujours restés propriétaires. — Cependant l'auberge de l'Ecu avait été, dans l'intervalle, possédée par le sieur Laligant. Celui-ci avait même été imposé, à raison de ce bien, à la contribution foncière, et l'avait acquittée. — En conséquence, le 24 prairial an 12, la régie de l'Enregistrement a décerné contre lui une contrainte de 1,056 fr., montant du droit et du double droit par lui dus pour la mutation de propriété présumée s'être opérée sur sa tête. — Le sieur Laligant a formé opposition à cette contrainte, et a soutenu qu'il n'avait joui de l'immeuble dont il s'agit qu'à titre de location, et qu'il n'en avait payé l'imposition foncière que pour le compte de Gauthier, véritable propriétaire. — Par jugement du 2 fructidor an 12, le tribunal de Bar-sur-Seine a accueilli cette défense, et a déchargé Laligant de la contrainte decernee contre lui. — Mais la régie s'étant pourvue en cassation, arrêt du 1er septembre 1806, au rapport de M. Boyer, par lequel, — « vu l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu que, dans l'espèce, le défendeur à la cassation avait été imposé sur le rôle foncier de la commune de Bar-sur-Seine, comme propriétaire de l'auberge dite *de l'Ecu*, et qu'il avait payé ladite imposition; circonstance qui, aux termes de l'article susénoncé, le constituait, aux yeux de la loi, propriétaire de cet immeuble; que s'il a réclamé contre cette imposition, rien ne justifie que sa reclamation ait été accueillie par l'autorité compétente; que, dans cet état de choses, la régie de l'Enregistrement était bien fondée à poursuivre contre lui le paiement des droits auxquels la mutation de propriété opérée en sa faveur avait donné lieu; et qu'en le déchargeant de la contrainte exercée contre lui à cet égard, le jugement attaqué a violé l'article précité de la loi du 22 frimaire an 7; par ces motifs, la cour casse et annulle.....».

§. XXIII. *Une mutation d'immeuble dont il n'apparaît point de titre, mais dont l'existence est constatée être antérieure à la loi du 5 décembre*

Digitized by Google

1790, *donne-t-elle lieu à la demande des droits d'Enregistrement dans les cas prévus par l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, et par l'art. 4 de la loi du 27 ventose an 9?*

Le sieur Huard possède un domaine, sans que le titre qui lui en a transféré la propriété, paraisse. Il résulte de diverses pièces, et notamment d'un procès-verbal de saisie-exécution, que sa possession publique remonte à une époque antérieure à la loi du 5 décembre 1790, qui a substitué les droits d'Enregistrement et de mutation, à ceux de contrôle, d'insinuation et de centième denier. — En fructidor an 9, une contrainte lui est signifiée de la part de la régie, en paiement des droits de mutation de ce domaine. — Il forme opposition à cette contrainte, et il fonde son opposition, 1°. sur ce que les lois nouvelles concernant l'Enregistrement n'ayant pas d'effet rétroactif, sont inapplicables à une mutation qui leur est antérieure; 2°. sur ce que ni les lois anciennes, ni les lois nouvelles des 5 décembre 1790 et 29 septembre 1791 n'obligeaient les nouveaux possesseurs en vertu d'actes sous seings-privés ou de conventions verbales, à recourir à l'Enregistrement, qu'autant qu'ils voulaient faire usage de leurs titres; 3°. enfin, sur ce qu'en tout cas il y aurait lieu à la prescription de cinq ans contre la demande de la régie. — Par jugement du 18 nivose an 12, « considérant *en fait*, qu'il est constant que la propriété et la possession de Huard étaient antérieures à 1790; qu'*en droit*, il était de principe, avant 1790, que le nouveau propriétaire n'était assujetti à aucun droit envers le fisc, qu'autant qu'il était exposé à faire un usage public et authentique de son titre; que la loi du 22 frimaire an 7 et celle du 27 ventose an 9 sont les premières qui aient établi le droit inusité jusqu'alors de contraindre au paiement des droits d'Enregistrement et de mutation, les nouveaux possesseurs en vertu d'actes sous seings-privés ou de conventions verbales, avant même qu'ils cherchassent à faire usage de leurs titres; que de là il résulte que la demande de la régie n'aurait été fondée que dans le cas où la possession de Huard eût été postérieure à la loi du 22 frimaire an 7; enfin, qu'en se décidant d'après ces principes, il devient inutile d'examiner la question de prescription agitée par les parties »; — Le tribunal civil de l'arrondissement de Châteauroux reçoit l'opposition du sieur Huard, et annulle la contrainte.

Recours en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 24 floréal an 13, au rapport de M. Ruperou, — « Vu l'art. 24 de l'édit de décembre 1703, les art. 20 et 22 de la déclaration du 14 juillet 1704, et l'art. 10 de la déclaration du 20 mars 1708; vu pareillement les art. 2, 11 et 23 de la loi du 19 décembre 1790, les art. 30 et 33 de la loi du 9 vendémiaire an 6, les art. 12 et 22 de la loi du 22 frimaire an 7, et l'art. 4 de la loi du 27 ventose an 9; — Attendu, 1°. qu'il résulte de ces diverses dispositions, que par les lois anciennes, les mutations d'immeubles, quoique opérées par actes sous seings-privés ou par conventions verbales, n'en étaient pas moins soumises, comme celles opérées par actes authentiques, aux droits d'insinuation et de centième denier, dans un délai de rigueur; que la mention une fois établie d'une manière qui ne laissait pas d'incertitude, le nouveau possesseur, à quelque titre que ce fût, pouvait *en tout temps*, et avant même qu'il fît usage de son titre, être contraint au paiement de ces droits, et par suite de celui de contrôle (parceque d'après l'édit du mois de mars 1703, aucun acte ne pouvait être insinué sans avoir été préalablement contrôlé); que telle était l'ancienne jurisprudence, fondée sur les édits et déclarations, et constamment suivie, ainsi que l'enseigne le Dictionnaire des Domaines, aux mots *Acquisition, Actes sous seings-privés, Centième denier*, etc.; — Attendu 2°. que loin qu'il ait été dérogé à cette jurisprudence par les lois nouvelles, leurs dispositions se trouvent en tout conformes, sur ce point, à celles de ces anciens édits et déclarations; — Attendu enfin que le tribunal de Châteauroux n'ayant rien prononcé sur la question de prescription agitée entre les parties, la cour de cassation n'a point à s'occuper de cette question, qui est restée indécise, et par rapport à laquelle les droits et prétentions des parties demeurent entièrement réservés; — Par ces motifs, la cour, faisant droit au pourvoi de la régie, sans rien préjuger sur la question de savoir si les droits réclamés par elle, sont ou non prescrits, casse et annulle..... ».

Il y a dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 6, page 293, un arrêt du 21 brumaire an 9, qui juge le contraire, en rejetant la demande de la régie de l'Enregistrement en cassation d'un jugement du 28 pluviose an 8, qui était conforme à celui du tribunal de Châteauroux du 18 nivose an 12.

Mais il est à remarquer qu'à l'époque où a été rendu cet arrêt, n'existait pas encore la loi du 27 ventose an 9, dont l'art. 1 veut implicitement que l'on applique l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7 aux mutations antérieures à celle-ci.

§. XXIV. *De ce qu'un cohéritier appelé pour un quart à un bien indivis de la succession, en a vendu les trois quarts, s'ensuit-il que, relativement au droit d'Enregistrement pour mutation, il doive être présumé avoir acquis de ses cohéritiers la moitié de ce bien?*

En l'an 5, Anne Dutil meurt laissant quatre héritiers, qui, dans les six mois, font au bureau de l'Enregistrement, une déclaration dans laquelle ils comprennent le domaine de Mayniez, comme indivis entre eux, à raison d'un *quart* pour chacun. — Quelque temps après, Jacques Dutil, l'un des quatre héritiers, et Anne Lataud, son épouse, vendent à Etienne Labruyère les *trois-quarts* du domaine de

Digitized by Google

Mayniez. — Etienne Labruyère fait enregistrer son contrat et acquitte les droits. — Dans la suite, il acquiert d'un autre héritier le quart restant de ce domaine. — Le 28 prairial an 9, se fondant sur l'art. 33 de la loi du 9 vendémiaire an 6, dont la disposition est renouvelée par l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, la régie de l'Enregistrement décerne contre Jacques Dutil et sa femme, une contrainte en paiement des droits de la mutation qu'elle suppose s'être opérée en leur faveur, à raison de la moitié qu'ils ont vendue au sieur Labruyère, en sus du quart qui leur était dévolu de droit. — Jacques Dutil et sa femme forment opposition à cette contrainte devant le tribunal civil de Nérac, et soutiennent qu'autorisés ou non autorisés par leurs cohéritiers, ils ont pu vendre même ce qui ne leur appartenait pas; que le contrat passé entr'eux et Etienne Labruyère, était l'effet de la confiance de ce dernier dans leur solvabilité et garantie; que les cohéritiers ont ratifié, par leur silence, la vente faite à Labruyère; que le droit de mutation du domaine de Mayniez a été acquitté, lorsque la propriété de ce domaine a passé de la veuve Laroque à ses héritiers, et lorsque de ceux-ci, elle a passé à Etienne Labruyère; qu'entre ces deux mutations, il n'a point existé de tiers-propriétaire ou possesseur du domaine de Mayniez; qu'aucune loi n'interdit à des cohéritiers de vendre, sauf à se faire raison du prix de la vente; que ce mode, loin de supposer un acte d'acquisition ou de partage préexistant, en exclut au contraire toute idée. — Le tribunal civil de Nérac adopte ces moyens; et par jugement du 23 ventose an 10, décharge le sieur Dutil et son épouse de la contrainte. — La régie se pourvoit en cassation, et présente ce jugement comme contraire à l'art. 33 de la loi du 9 vendémiaire an 6. — Mais par arrêt du 20 vendémiaire an 11, au rapport de M. Vasse, « Attendu que devant les juges dont le jugement est attaqué, il a été reconnu qu'en l'an 6, après le décès d'Anne Dutil, veuve Laroque, ses héritiers ont satisfait à la déclaration et à l'acquittement du droit de mutation du domaine de Mayniez : qu'il a été pareillement reconnu que lorsqu'en la même année, Jacques Dutil et Anne-Marie Latané, son épouse, cohéritiers dans la succession de ladite veuve Laroque, ont vendu les trois quarts du domaine de Mayniez à Etienne Labruyère, ce *nouveau possesseur* a acquitté les droits de cette seconde mutation; et qu'il n'a été aucunement justifié qu'entre ces deux mutations il ait existé un tiers-possesseur : d'où il suit que le jugement attaqué, en libérant Jacques Dutil de la contrainte décernée contre lui le 28 prairial an 9, n'a point contrevenu aux dispositions des art. 33 et 34 de la loi du 9 vendémiaire an 6; — Le tribunal rejette..... ».

§. XXV. *Peut-on appliquer aux partages les présomptions légales de mutation qui sont établies, pour l'ouverture des droits d'Enregistrement, par l'art. 33 de la loi du 9 vendémiaire an 6 et par l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7?*

Cette question a été décidée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation du 14 messidor an 9, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 6, page 302. — Les motifs de cet arrêt sont que les art. 33 de la loi du 9 vendémiaire an 6 et 12 de celle du 22 frimaire an 7, ne comprennent dans leurs dispositions que les *mutations d'immeubles*, et qu'ils sont muets sur les *partages*, dont l'essence n'est pas de transférer la propriété, mais seulement de déterminer la portion de propriété de chacun dans les biens indivis.

§. XXVI. *La demande judiciaire en résiliation d'un contrat de vente*, pour autant que ce contrat existe ou puisse exister, *forme-t-elle une preuve suffisante de l'existence de ce contrat, et peut-elle légitimer une action en paiement du droit d'Enregistrement dont il serait incontestablement passible s'il était représenté?*

Le 4 brumaire an 13, le sieur Verlisen fait citer le sieur de Visse de Loup, devant le tribunal civil de Malines pour voir résilier le contrat de vente qu'il annonce lui avoir passé d'une maison, *pour autant*, dit-il, *que ce contrat existe ou puisse exister.* — Le 14 du même mois, il intervient un jugement qui, en adoptant les conclusions du sieur Verlisen, déclare le contrat résolu, *pour autant qu'il existe ou puisse exister.* — Une contrainte est décernée contre le sieur Verlisen, pour le droit dû à raison de la vente dont la résolution vient d'être ordonnée. — Opposition à cette contrainte, sous le prétexte que le sieur Verlisen n'a point vendu sa maison au sieur Visse de Loup, mais qu'il y a eu seulement des propositions de part et d'autre, qu'elles n'ont point été suivies d'un contrat formel, et que c'est par cette raison que la vente n'a été qu'hypothétiquement résolue. — Le tribunal de Malines accueille cette défense; et par jugement du 16 germinal an 13, le sieur Verlisen est déchargé de la contrainte. — La régie demande la cassation de ce jugement; et par arrêt du 26 août 1806, au rapport de M. Brillat-Savarin, — « Vu l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu que la demande en résolution d'un acte de vente en prouve bien évidemment l'existence; et qu'il serait dérisoire d'occuper les tribunaux du soin de prononcer sur une convention qui n'aurait point de réalité; attendu que le droit n'est pas moins dû, quoique la vente n'ait été annullée, *que pour autant qu'elle existe, ou puisse exister*, parceque cette clause ne détruit pas l'induction nécessaire qui se tire de la demande en résolution, et qu'il est de principe que les clauses redondantes n'altèrent pas la substance des actes; la cour casse et annulle... »

§. XXVII. *Lorsqu'une convention verbale donne lieu à une condamnation, n'est-il dû qu'un droit*

Digitized by Google

d'Enregistrement à raison du jugement? n'est-il pas en outre dû un droit proportionnel pour la convention?

Les sieurs Pantel, Ducard, Assier et Riberaud avaient été condamnés par le tribunal de commerce de Châlons, à payer le prix de marchandises qu'on leur avait livrées d'après la vente qui leur en avait été faite verbalement. — Le jugement présenté à l'Enregistrement, le receveur avait perçu deux droits, l'un pour le jugement même, l'autre pour la convention verbale dont ce jugement avait ordonné l'exécution. — Les condamnés ont demandé la restitution de ce deuxième droit. — La régie s'y est refusée et a motivé son refus sur l'art. 69, §. 2, n. 9, de la loi du 22 frimaire an 7, portant: *Lorsqu'une condamnation sera rendue sur une demande non établie par un titre enregistré et susceptible de l'être, le droit auquel l'objet de la demande aurait donné lieu, s'il avait été convenu par un acte public, sera perçu indépendamment du droit dû pour l'acte ou le jugement qui aura prononcé la condamnation.* — Le 26 frimaire an 10, jugement du tribunal civil de Châlons-sur-Saône, qui ordonne la restitution demandée, sur le fondement qu'une condamnation qui n'est basée sur aucun titre, n'est pas soumise au droit proportionnel de deux pour cent; et qu'en autorisant la perception de ce droit, l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7 suppose l'existence d'un titre susceptible d'Enregistrement et non enregistré. — Recours en cassation de la part des administrateurs de l'Enregistrement. — « Une convention (disent-ils) est rédigée, soit par acte public, soit par acte sous seing-privé, ou elle n'a eu lieu que verbalement. Si elle est faite par acte public, cet acte doit, aux termes de l'art. 20 de la loi du 22 frimaire an 7, être enregistrée dans les dix ou quinze jours de sa date. Si elle est établie par un acte sous seing-privé, cet acte ne peut, d'après l'art. 23, être produit en justice qu'après avoir été enregistré; et l'art. 47 défend expressément aux juges de rendre aucun jugement sur des actes non enregistrés. — Ainsi tout est prévu pour les conventions écrites. L'art. 69, §. 2, n. 9, est donc étranger à ces conventions; il est par conséquent applicable aux conventions qui ont eu lieu verbalement. Il a eu pour objet essentiel d'atteindre celles-ci, et de prévenir la fraude. Le tribunal de Châlons a donc violé ou faussement appliqué cet article ». — Par arrêt du 21 frimaire an 13, au rapport de M. Lasaudade, — « Vu l'art. 69, §. 2, n. 9, de la loi du 22 frimaire an 7; considérant que par cette disposition, la loi a nécessairement entendu atteindre, lors de la condamnation, et assujettir au droit proportionnel de deux pour cent francs, toutes conventions ou obligations sans titre, dont le titre s'il eût existé, aurait été susceptible d'Enregistrement; autrement l'article n'aurait aucun sens ni application, et laisserait ouverture à frauder les droits d'Enregistrement; — Et que dans l'espèce dont il s'agit, si les ventes ou créances réclamées avaient été convenues ou reconnues par titres, ces titres auraient été susceptibles d'Enregistrement; la cour casse et annulle...»

§. XXVIII. *Les locations faites verbalement et dont l'existence est prouvée de la manière déterminée par l'art. 13 de la loi du 22 frimaire an 7, sont-elles soumises au droit d'Enregistrement?*

Cette importante question n'a pas encore été jugée contradictoirement par la cour de cassation; mais elle l'a été pour la négative par plusieurs jugemens émanés de tribunaux civils.

Voici les principaux moyens que l'on emploie pour justifier ces jugemens.

L'art. 13 de la loi du 22 frimaire an 7 (dit-on), n'est, de même que l'art. 4, qu'un principe qui, pour être appliqué, a besoin de dispositions réglementaires qui en fixent l'exécution; et en effet, de quelle manière établir le droit? Qu'aura-t-on à enregistrer, si on ne représente pas de bail? Exigera-t-on une déclaration du fermier ou du locataire? Mais il n'y a rien dans la loi qui prescrive une déclaration en pareil cas; et la régie peut-elle suppléer par un mode arbitraire de perception, au silence dans lequel la loi s'est tenue sur tous ces points essentiels? peut-elle, tant que ces points ne sont pas positivement fixés, anticiper par ses demandes sur la volonté du législateur qui n'a pas pu vouloir la fin sans régler les moyens, et sur l'exécution d'un principe qui, pour la détermination du mode de son application, attend une loi ou un règlement à venir?

La prétention de la régie (ajoute-t-on), est inconciliable avec l'ensemble de la loi du 22 frimaire an 7. — En consultant d'abord l'art. 22, on voit que cet article qui assujettit les baux sous seing-privé à l'Enregistrement dans les trois mois de leur date, ne rappelle pas les baux faits verbalement, dont a parlé l'art. 13. — La même volonté d'excepter les jouissances verbales des dispositions relatives à l'Enregistrement des baux écrits, se manifeste encore dans l'art. 38, qui s'abstient de comprendre les premières dans les dispositions pénales qu'il prononce contre ceux-ci, dans le cas qu'il prévoit. — Or, comment accorder ces deux articles avec le système de la régie, qui repose sur le principe que toutes les jouissances à titre de bail, soit qu'elles résultent de conventions verbales, soit qu'elles aient été stipulées par écrit, sont, sans aucune différence, soumises par l'art. 4 à l'Enregistrement? Si, comme le suppose la régie, ce dernier article eût entendu placer dans la même catégorie, s'il eût entendu assujettir aux mêmes droits, et le fait de la jouissance convenue par écrit, et le fait de la jouissance convenue verbalement, dès l'instant qu'elle est prouvée, la loi ne les eût pas ensuite différenciés dans ses dispositions ultérieures; elle n'eût pas affranchi l'un des délais et des peines prononcées à l'égard de

Digitized by Google

l'autre, si leur assujettissement à l'Enregistrement dérivait du même principe. On ne peut pas raisonnablement supposer que le législateur ait voulu faire sortir d'un principe commun des conséquences et des obligations différentes.

La loi du 27 ventose an 9 (dit-on encore), donne une nouvelle force à ces raisons. L'art. 4 de cette loi détermine le mode d'application de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7 ; et pourquoi ne détermine-t-elle pas également le mode d'application de l'art. 13 de la même loi? C'est sans doute parcequ'il est dans l'intention du législateur d'excepter celui-ci de l'exécution actuelle qu'il assure à celui-là.

Mais ces raisonnemens sont plus spécieux que solides.

Rapprochons d'abord les dispositions de la loi du 22 frimaire an 7. — L'art. 4 soumet au droit d'Enregistrement toutes les *transmissions* de propriété, d'usufruit, *ou de jouissance* de biens immeubles, et assied ce droit sur les valeurs ;—Reglant ensuite, relativement aux jouissances à ferme et à loyer, l'application de ce principe fondamental, l'art. 13 déclare que l'on doit regarder comme preuve suffisante pour fonder la demande du droit, tout acte qui fait connaître ces jouissances et toute contribution imposée aux fermiers ou locataires.—Enfin, suivant l'art. 73, les droits que cette loi établit, doivent être perçus à compter du jour de sa publication. — Au moyen de ces dispositions, la loi est parfaite, et il ne lui manque rien pour qu'elle reçoive sa pleine exécution, puisqu'elle détermine la nature de la transmission que le droit a pour objet, les cas de l'application de ce droit et l'époque à laquelle la perception en a dû commencer. Il suffit dès-lors que la jouissance soit prouvée de la-manière expliquée dans l'art. 13, pour que le droit puisse être valablement demandé. Ni l'art. 13 ni l'art. 4, dont il n'est que le développement et la conséquence, n'ont subordonné la preuve de cette jouissance à l'existence d'un acte écrit; c'est le fait de la jouissance même, dès qu'elle est prouvée, qu'ils ont soumis au droit; et la loi en effet a dû prévoir le cas d'une convention verbale et celui d'une obstination à refuser de produire un acte existant. Si elle n'avait voulu que poser un principe pour une loi ou un règlement à venir, elle l'eût exprimé; après avoir d'ailleurs posé ce principe par l'art. 4, elle ne serait pas revenue par un article spécial, sur les jouissances à titre de bail, à l'effet de déterminer les preuves sur lesquelles la demande du droit peut être fondée ; elle eût enfin modifié, dans le sens qu'on lui suppose, l'art. 73, qui veut que tous les droits établis se perçoivent à compter du jour de la publication de la loi. Loin donc que cette supposition soit autorisée par aucune induction tirée de la loi, elle est au contraire démentie par des dispositions formelles qui règlent tout ce qui est nécessaire pour l'établissement et la perception du droit.

L'argument que l'on tire du silence de la loi sur le mode à suivre pour l'Enregistrement du droit, n'est pas mieux fondé. Dans tous les cas où les valeurs sur lesquelles une perception doit être assise, ne sont pas fixées par un acte, le vœu uniforme de la loi du 22 frimaire an 7 est qu'il y soit suppléé par la déclaration des parties; et c'est alors cette déclaration qui s'enregistre. Ce mode est suivi journellement et sans réclamation dans des cas analogues auxquels la loi du 22 frimaire an 7 ne l'a pas nominativement appliqué ; et pourquoi ne l'adopterait-on pas également ici? Ou le doit d'autant plus, que ce mode est précisément celui que la loi du 27 ventose an 9 a prescrit pour une circonstance parfaitement semblable, pour l'Enregistrement des mutations d'immeubles dont le titre n'est pas produit. Les redevables seraient-ils d'ailleurs bien fondés à contester un mode d'Enregistrement qui, en subordonnant à leur déclaration la quotité du droit à percevoir, ne laisse point de prise à des perceptions arbitraires ou exorbitantes ?

Que conclure maintenant de ce que les art. 22 et 38 n'ont point assujetti l'Enregistrement des jouissances verbales aux délais de rigueur et aux peines auxquelles ils ont soumis les baux sous seing-privé ? Rien autre chose, sinon que la loi a entendu affranchir les premières, des dispositions de rigueur dont elle a frappé les secondes ; et qu'en maintenant l'application aux jouissances, du principe qui soumet au droit toutes les transmissions d'immeubles, elle les a, par une disposition de faveur et en quelque sorte d'exception, exemptées du double droit, en cas de déclaration tardive. Or, est-il bien raisonnable d'argumenter d'une exception ainsi limitée, contre un principe formellement établi par les art. 4 et 13, et essentiellement lié au système général de la loi ?

Enfin on dénature l'objet de l'art. 4 de la loi du 27 ventose an 9, lorsqu'on le présente comme tendant uniquement à régler l'application de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7. Le but et la volonté de cet article sont de soumettre à un délai de rigueur, et au double droit après l'expiration de ce délai, l'Enregistrement des mutations de propriété et d'usufruit non établies par actes connus, lesquelles jusqu'alors n'avaient été soumises qu'au droit simple. — Et comme on ne serait pas fondé à en conclure qu'avant la loi du 27 ventose an 9, la demande du droit simple, dans un cas prouvé de mutation immobilière, eût dû être rejetée, sous le prétexte que l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7 n'était qu'un principe, et que cette dernière loi ne contenait aucune autre disposition de laquelle on pût partir pour exiger le droit, on ne peut pas non plus prétendre qu'il doive en être autrement, quand il s'agit de fermes ou locations, lorsque l'art 13 est tout-à-fait conforme à l'art. 12 et dérive du principe commun fixé par l'art. 4. — L'unique conséquence à tirer du silence de la loi du 27 ventose an 9 sur les jouissances verbales, est donc qu'elle a voulu restreindre à ces seules jouissances

Digitized by Google

l'exemption du double droit à laquelle, jusqu'à cette loi, avaient participé avec elles les mutations de propriété et d'usufruit effectuées sans acte écrit; ce silence ne fait par conséquent que confirmer, à l'égard des jouissances, la disposition de faveur qui résultait déjà de la loi du 22 frimaire an 7, en ce qui concerne le double droit; mais il ne porte nulle atteinte aux art. 4 et 13 de cette loi qui les assujettissent au droit simple.

Enfin, et ceci est décisif, lorsque le projet de la loi du 27 ventose an 9 fut présenté au conseil d'état, il s'y trouvait un article qui étendait aux locations verbales la disposition de l'art. 4 concernant les mutations en propriété ou en usufruit; et cet article n'en fut retranché que par le motif que pour les locations verbales, il était convenable de laisser les choses sur le pied réglé par la loi du 22 frimaire an 7, qui, dans tous les cas (fut-il dit), ne les assujettit qu'au droit simple.— Je tiens ce fait de celui de MM. les conseillers d'état qui avait rédigé le projet de loi, et qui l'a ensuite proposé au corps législatif.

§. XXIX. — 1°. *Une requête en expertise présentée dans l'année de l'Enregistrement d'un contrat, mais signifiée seulement après l'expiration de cette année, interrompt-elle la prescription établie par l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7?*

2°. *L'expertise peut-elle être demandée, lorsque l'immeuble soumis au droit de mutation est évalué par quinze fois la valeur du revenu porté dans la matrice du rôle de la contribution foncière, conformément à l'art. 2165 du Code Napoléon?*

3°. *Lorsque la régie de l'Enregistrement provoque l'estimation par experts de biens échus par succession, peut-il être sursis à statuer sur sa demande, jusqu'à ce que l'estimation des mêmes biens nécessitée par la minorité ou l'interdiction de l'un des cohéritiers, ait été faite?*

I. Il y a dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 311, un arrêt de la cour de cassation, du 7 germinal an 11, qui juge la première de ces questions pour la négative, en rejetant le recours de la régie contre un jugement du tribunal civil de Condom.

La même chose a été jugée depuis par un arrêt de cassation.

Le 6 frimaire an 9, Joseph Guyet fait enregistrer un contrat d'acquisition de différens immeubles. — Dans le cours de l'année qui suit cet Enregistrement, la régie présente au tribunal civil de Montargis une requête en expertise; mais elle ne la fait notifier au sieur Guyet que le 30 messidor an 10. — Joseph Guyet, comparaissant sur cette requête, oppose la prescription. — Jugement du 15 frimaire an 11, qui rejette son exception et ordonne qu'il sera tenu de nommer un expert pour procéder, conjointement avec celui de la régie, à l'estimation des biens dont il s'agit. — Le 16 nivose suivant, second jugement qui, faute par Joseph Guyet d'avoir nommé un expert, en commet un d'office. — Et le 19 germinal an 12, jugement définitif qui, en homologuant le rapport des deux experts, condamne Laurent Guyet à payer un supplement de droit.

Joseph Guyet se pourvoit en cassation; et le 18 germinal an 13, arrêt, au rapport de M. Oudart, qui, « Vu l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que cet article autorise la régie de l'Enregistrement à demander une expertise, lorsque le prix énoncé dans un acte translatif de propriété, paraît inférieur à la valeur vénale; que cet article, en accordant cette faculté à la régie, l'a néanmoins assujettie à l'exercer dans l'année, à compter du jour de l'Enregistrement du contrat; — Que le contrat de vente dont il s'agit, a été enregistré le 6 frimaire an 9; — Qu'il n'a pas suffi à la régie de présenter, dans l'année, à partir de cette dernière époque, une requête tendante à provoquer l'expertise; qu'il était à la charge de la régie de notifier dans l'année cette requête à Joseph Guyet; — Que néanmoins la notification de cette requête n'est que du 30 messidor an 10, époque à laquelle l'année était révolue depuis 7 mois et vingt-trois jours; — Qu'il est de principe que la prescription ne peut être suspendue que par la notification de la demande, et non par une simple requête, dont la partie qu'on doit mettre en demeure, n'a aucune connaissance: que s'il suffisait à la régie de présenter une requête dans l'année, sans qu'elle fût tenue de la notifier dans le même délai, il dépendrait de la régie d'étendre à son gré le délai que la loi a voulu circonscrire; — Considérant enfin que les principes que le droit commun établit en matière de suspension de prescription, sont également consacrés par la loi du 22 frimaire an 7; — Qu'il résulte en effet de l'art. 61 de cette loi, que les prescriptions pour la demande des droits, ne sont suspendues que par des demandes signifiées et enregistrées; — D'où il suit que le tribunal, dont les jugemens sont attaqués, a contrevenu à l'art. 17 du tit. 2 de la loi du 22 frimaire an 7; — Casse et annulle les jugemens rendus les 15 frimaire, 16 nivose an 11 et 19 germinal an 12, par le tribunal de l'arrondissement de Montargis ».

II. La deuxième question s'est présentée dans l'espèce suivante. — Le sieur Bogaert avait, dans la déclaration des biens qu'il avait hérités de son père, déterminé la valeur des immeubles d'après l'estimation qui était faite de leur revenu dans le rôle de la contribution foncière. Le receveur de l'Enregistrement a trouvé cette évaluation insuffisante et a provoqué une expertise. Le sieur Bogaert s'est opposé à cette demande; et le tribunal civil de Gand l'a rejetée, en motivant son jugement sur l'art. 2165 du Code Napoléon. Recours en cassation de la part de la régie; et le 4 août 1807, arrêt, au rapport de M. Doutrepont, par lequel, —

Digitized by Google

« Attendu que selon les art. 15 et 19 de la loi du 22 frimaire an 7, les droits de mutation à raison de successions, doivent se payer d'après la véritable valeur des immeubles, sans distraction des charges; qu'il est de notoriété que cette véritable valeur des immeubles ne se trouve pas dans les rôles de la contribution foncière, où l'évaluation est faite tout au plus par approximation, et souvent au-dessous du vrai prix de l'immeuble; — Attendu que si, dans le cas de l'art. 2165 du Code civil, la valeur déterminée dans les rôles des contributions foncières est suffisante pour fixer l'étendue de l'hypothèque due à des créanciers, c'est que la modicité de cette évaluation ne leur nuit pas; et que le débiteur aurait d'autant plus mauvaise grace de s'en plaindre, que plus l'évaluation est modique, moins il paye de contributions; — D'où il suit que le jugement attaqué, en refusant l'expertise dont il s'agit, a fait une fausse application de l'art. 2165 du Code civil, et violé les art. 15 et 19 de la loi du 22 frimaire an 7; — La cour casse et annulle.... ».

III. Quant à la troisième question, l'arrêt qui suit, la juge de la manière la plus précise. — Une succession s'ouvre au profit du sieur Sarton et de plusieurs autres, parmi lesquels se trouve un mineur. — Tous les héritiers se réunissent pour faire aux divers bureaux d'Enregistrement de la situation des immeubles, les déclarations prescrites par la loi du 22 frimaire an 7, et contenant l'évaluation de chacun de ces biens. — La régie de l'Enregistrement regardant cette évaluation comme insuffisante, demande que les biens soient estimés par experts. — Les héritiers répondent que la minorité de l'un d'entre eux nécessite un partage judiciaire, lequel, aux termes de l'art. 466 du Code Napoléon, doit être précédé d'un rapport d'experts constatant la valeur des immeubles; que ce rapport, lorsqu'il sera fait, tiendra lieu de celui que provoque la régie; qu'il est par conséquent inutile, quant à présent, de s'occuper de l'estimation à laquelle la régie conclut. — Le 20 brumaire an 14, jugement du tribunal civil d'Yssoudun, qui, ayant égard aux exceptions des héritiers, ordonne qu'il sera sursis pendant trois mois à statuer sur la demande de la régie. — Mais la régie se pourvoit en cassation; et le 4 février 1807, arrêt, au rapport de M. Gandon, qui, — « Vu les art. 18 et 59 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant que l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an 7 interdit l'appel, et n'admet que le recours en cassation contre les jugemens rendus en matière de droit d'Enregistrement; que le tribunal d'arrondissement d'Yssoudun a contrevenu à l'art. 18 de cette loi, en n'ordonnant pas dans la décade l'expertise qui lui était demandée, et dont il reconnaissait la nécessité; qu'il a pareillement contrevenu à l'art. 59, en ordonnant un sursis pendant trois mois aux poursuites de la régie, et en liant et subordonnant les poursuites de la régie à une instance en partage qui lui est étrangère; casse et annulle.... »

§. XXX. *Pour la liquidation du droit d'Enregistrement dû à raison d'un transport de droits successifs, qui ne charge pas expressément le cessionnaire du paiement des dettes de la succession, doit-on ajouter au prix du transport le montant de ces dettes?*

Le 21 pluviose an 8, la dame d'Aumont, héritière bénéficiaire de Louis-Marie d'Aumont, cède ses droits successifs au sieur Soubeyran, *à la charge de payer les frais et droits de l'acte de cession, et en outre moyennant la somme de 10,000 fr. que la cédante déclare avoir reçue.* — Le 7 nivose an 9, le sieur Soubeyran rétrocède ces droits au sieur Grimaldi, moyennant la même somme. — Le 25 ventose an 10, le sieur Grimaldi en fait, pour le même prix, une nouvelle rétrocession à la dame d'Aumont. — Ces trois actes sont enregistrés respectivement dans le délai fixé par la loi, et le receveur ne perçoit sur chacun d'eux qu'un droit proportionnel calculé sur la somme de 10,000 francs. — En messidor an 10, la régie réclame un supplément de 200,000 fr. D'une part, dit-elle, chacun des cessionnaires a été, même sans stipulation expresse, chargé de la totalité des dettes de la succession; de l'autre, l'art. 15, n. 6, de la loi du 22 frimaire an 7 porte que « la valeur de la propriété des immeubles est déterminée, pour la liquidation et le paiement du droit proportionnel pour les ventes, cessions et rétrocessions, par le prix exprimé, *en y ajoutant toutes les charges en capital*, ou par une estimation d'experts ». Les dettes de la succession de Louis-Marie d'Aumont ont donc dû, dans la liquidation du droit, être ajoutées au prix de chacune des trois ventes. — Par jugement du 9 nivose an 11, le tribunal civil de Paris, « Attendu que la cession des droits successifs a été consentie moyennant la somme de 10,000 fr.; qu'outre cette somme, il n'a été stipulé expressément aucune charge dont le capital ait pu être ajouté au prix exprimé; qu'on ne peut dire qu'à ce prix doit être ajoutée la charge de payer les dettes de la succession, encore qu'elle ne soit pas exprimée; qu'en effet, la charge de payer les dettes est bien une clause ordinaire dans les ventes de droits successifs, mais n'est pas tellement de l'essence de cette espèce de contrat qu'il ne puisse exister sans elle, et que l'acquéreur doive nécessairement payer les dettes de la succession, lors même qu'il ne s'y est pas soumis »; déboute l'administration de l'Enregistrement de sa demande en supplément de droits. — Mais, sur le recours en cassation exercé contre ce jugement, arrêt du 20 nivose an 12, au rapport de M. Vergès, qui, — « Vu l'art. 15, n. 6, de la loi du 22 frimaire an 7; considérant qu'il est incontestable en droit, qu'un acquéreur de droits successifs est subrogé à l'héritier qu'il représente; — Que l'actif de la succession devient la propriété de cet acquéreur; — Que les dettes passives sont également à sa charge, comme elles auraient été à la charge de l'héritier; — Que ces principes, confor-

Digitized by Google

mes au droit commun, sont d'autant plus applicables à la cause, que la charge de payer les dettes de la succession a été même imposée aux cessionnaires des droits successifs; que la régie a été par conséquent fondée à prétendre que la valeur des droits successifs cédés devait être déterminée, tant d'après le prix exprimé dans les divers contrats de cession, que d'après les charges qui formaient la plus forte partie de ce prix; — Qu'en décidant le contraire, le tribunal dont le jugement est attaqué, a violé l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, et méconnu les principes généralement consacrés en matière de droits successifs; casse et annulle..... »

§. XXXI. *La disposition de l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, qui soumet à la prescription de cinq ans l'action de la régie pour les successions non déclarées, est-elle applicable au testament qui, dans les cinq ans de la mort du testateur, n'a pas été présenté à l'Enregistrement?*

Le 24 août 1780, le sieur Hérisson fait un testament par lequel il lègue ses meubles et effets à sa femme. — Il meurt en l'an 5. — Le testament n'est pas présenté à l'Enregistrement. — Le 4 messidor an 12, une contrainte est décernée contre la veuve Hérisson, afin de paiement des droits d'Enregistrement qui sont dus à raison du testament de son mari. — La veuve oppose la prescription. — Par jugement du 18 nivose an 13, le tribunal civil de l'arrondissement de Pamiers accueille cette exception, comme fondée sur l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, et annulle la contrainte. — La régie se pourvoit en cassation; et le 13 octobre 1806, arrêt au rapport de M. Zangiacomi, qui, — « Vu l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant qu'il est de principe général que les actions ne sont éteintes que par la prescription de trente ans; que les prescriptions d'une moindre durée sont des exceptions, que l'on ne peut invoquer qu'autant qu'elles sont établies sur un texte précis de la loi; que l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, qui a établi des prescriptions de deux, trois et cinq ans, ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'un droit non perçu sur une disposition particulière d'un acte présenté à l'Enregistrement, d'un supplément de perception insuffisamment faite, d'une fausse évaluation ou omission de biens dans une déclaration, de la restitution d'un droit perçu, ou enfin de successions non déclarées; que cet article ne parlant pas des poursuites relatives à la perception du droit sur les testamens, il suit que le tribunal de Pamiers n'a pu le prendre pour règle de sa décision, sans en faire une fausse application; — Casse et annulle...»

§. XXXII. 1°. *De quel jour commencent à courir les cinq années par lesquelles se prescrit contre la régie de l'Enregistrement, le droit de mutation dû par les héritiers, lorsque la succession se trouve sequestrée au profit de l'état? Est-ce du jour du décès, ou seulement du jour où les héritiers, en obtenant la levée du séquestre, ont été mis en possession des biens?*

2°. *De quel jour commence à courir la prescription quinquennale des droits de mutation par décès, lorsque le séquestre apposé sur la succession a été d'abord levé provisoirement, ensuite réapposé, puis levé définitivement?*

3°. *De quel jour commence-t-elle à courir, lorsque le séquestre, après avoir été levé définitivement, a été apposé de nouveau, et qu'il en a été ensuite obtenu une nouvelle main-levée définitive?*

I. La première de ces questions s'est présentée dans trois cas différens: 1°. dans celui où les successions avaient été séquestrées par droit de confiscation; 2°. dans celui où le séquestre avait été apposé, pour cause d'indivision, sur les parts d'héritiers habiles à succéder, dans des successions auxquelles l'Etat était appelé comme représentant d'autres héritiers dont la confiscation lui avait transmis tous les droits; 3°. dans celui où une succession avait été séquestrée en vertu d'une loi spéciale, à raison des créances de l'Etat sur le défunt.

Et dans chacun de ces trois cas, il a été décidé par la cour de cassation, que la prescription quinquennale n'ayant pas couru du jour du décès, la régie de l'Enregistrement avait pu exiger les droits de mutation dans les cinq années qui avaient suivi la levée du séquestre.

Les arrêts qui l'ont ainsi jugé, sont, pour le premier cas, des 3 thermidor an 9 et 14 germinal an 11; pour le second cas, des 6 floréal an 10 et 3 messidor an 11; et, pour le troisième, du 2 ventose an 11. Ils sont rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 316; et tome 7, page 9. — En voici un plus récent, qui juge encore de même.

Par jugement du 9 prairial an 13, le tribunal civil de Tarascon avait décidé en faveur de Lonis Laugier, que le délai de cinq années établi par la loi pour opérer la prescription des droits de mutation dus par les héritiers des condamnés, avait couru du jour de la publication de la loi du 21 prairial an 3, qui avait restitué les biens de ceux-ci à leurs familles, et non de la date de l'arrêté de l'autorité administrative qui avait envoyé les parens en possession de ces biens. — Mais, sur le recours en cassation de la régie, arrêt du 22 décembre 1806, au rapport de M. d'Outrepont, par lequel, — « Vu l'art. 12 de la loi du 5–19 décembre 1790, et l'art. 24 de celle du 22 frimaire an 7; — Attendu qu'il résulte clairement de ces dispositions, que le délai pour exiger les droits d'Enregistrement en matière de mutation par succession, ne commence à courir que du jour de la mise en possession; — Attendu que Lonis Laugier, défendeur, n'a été envoyé en possession des biens de son père révolutionnairement condamné, que par arrêté de l'autorité administrative du 3 prairial an 7, et que la contrainte

Digitized by Google

contre lui décernée lui a été signifiée le 25 ventose an 12, ainsi avant l'expiration des cinq années requises pour la prescription des droits d'Enregistrement; — D'où il suit que le jugement attaque ayant fait remonter le cours de la prescription a la publication de la loi du 21 prairial an 3, a violé les articles ci-dessus cités; — La cour casse et annulle....»

II. La seconde question s'est présentée dans l'espèce suivante :

En l'an 3, les sieurs Guenet-Saint-Just obtiennent, en vertu de l'art. 7 de la loi du 13 ventose de cette année, et sous l'obligation de rendre compte, la jouissance provisoire des biens de la succession de Guenet-Saint-Just, leur père, décédé le 18 juin 1793, laquelle avait été mise sous le séquestre, à cause de l'émigration de l'un des héritiers. — En l'an 6, cette jouissance provisoire cesse, et le séquestre est rétabli; mais il est définitivement levé en ventose an 9. — En nivose an 10, une contrainte est décernée en paiement du droit de mutation. — Sur l'opposition des héritiers, un jugement du tribunal civil de Louviers, du 1er messidor an 11, annulle la contrainte. La régie se pourvoit en cassation; et, le 23 brumaire an 13, arrêt au rapport de M. Zangiacomi, qui, «vu les art. 12 et 18 de la loi du 5-19 décembre 1790 et l'art. 24 de celle du 22 frimaire an 7; considérant qu'il résulte de la combinaison des art. 12 et 18 de la loi du 5-19 décembre 1790, que le droit d'Enregistrement n'est dû par les héritiers qu'au moment où la mutation de propriété s'opère à leur profit; qu'à l'égard des successions séquestrées par le fisc, il n'y a aucune mutation de propriété au profit des héritiers, puisqu'ils ne peuvent légalement faire aucun acte de propriétaires; que ce n'est donc qu'au moment où, par la levée du séquestre, les héritiers entrent définitivement en possession des biens, que la propriété leur en est transmise; que l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7, qui pose nettement ce principe, loin d'introduire un droit nouveau, ne fait que développer une disposition antérieure de la loi de décembre 1790; — Considérant, en fait, qu'après la mort de Guenet-Saint-Just, la succession a été séquestrée par le fisc; que si, en l'an 3, un de ses héritiers a été mis en possession des biens qui la composent, cette mise en possession qui n'a été que provisoire, qui n'a été accordée qu'à la charge de rendre compte, et qui a cessé en l'an 6, n'a nullement transféré la propriété; que le séquestre n'ayant été définitivement levé qu'en ventose an 9, c'est à cette époque seulement que la mutation de propriété s'est opérée en faveur des héritiers, et que les droits d'Enregistrement ne sont ouverts; que la demande de ces droits ayant été faite en l'an 10, il est évident qu'elle l'a été en temps utile; et qu'en jugeant que cette demande était prescrite, le tribunal de Louviers a violé les lois ci-dessus citées; — Casse et annulle.... »

III. La même question s'est présentée avec la troisième, dans une espèce qui a donné lieu à cinq arrêts de la cour de cassation. Voici les faits.

Le 29 messidor an 2, le sieur Labaume-Montrevel meurt à Paris sur l'échafaud, en exécution d'un jugement du tribunal révolutionnaire qui confisque tous ses biens. — Le 15 brumaire an 3, l'administration du département de la Haute-Saône porte son nom sur une liste d'émigrés. — Le 21 prairial an 3, loi qui restitue aux familles des *condamnés non émigrés*, les biens dont elles ont été dépouillées par la confiscation. — Les héritiers du sieur Labanme-Montrevel réclament l'exécution de cette loi. La régie de l'Enregistrement et des domaines leur oppose la liste d'émigrés sur laquelle est porté le nom du défunt. — Le 28 messidor an 3, arrêté du comité de législation de la convention nationale, qui ordonne aux administrations des départemens de Seine-et-Marne et de Saône-et-Loire, alors soupçonnées d'avoir coopéré à l'inscription du sieur Labaume-Montrevel sur la liste des émigrés, de donner les motifs de cette inscription, et *fait défenses à tous administrateurs et receveurs de s'immiscer dans sa succession, à peine de nullité de leurs procédures, et sous la responsabilité personnelle de chacun d'eux.* — Le 29 ventose an 4, arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, faisant fonctions d'administration départementale, qui envoie les héritiers en possession *provisoire* des biens de la succession, à la charge de donner caution. — Le 1er prairial suivant, décision du ministre des finances qui «déclare, 1°. que le nom de Labaume-Montrevel ne se trouve sur aucune des listes particulières arrêtées par les administrations départementales; qu'il ne l'a trouvé que sur une liste arrêtée le 15 brumaire an 3, par le département de la Haute-Saône, qui n'en fait mention que comme *condamné* et non comme *émigré;* 2°. que son inscription sur la liste générale n'a pas été faite d'après une liste particulière, revêtue des formalités prescrites par les lois, mais seulement d'après un tableau manuscrit des biens et créances appartenans à des absens ». — Le 25 prairial an 5, l'administration du département de Saône-et-Loire, sur le vu de l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, dans l'étendue duquel avait été ouverte la succession du sieur Labaume-Montrevel, accorde aux héritiers la levée du séquestre apposé sur les biens de cette succession, qui sont situés dans son arrondissement. — Mais, d'après la loi du 19 fructidor de la même année, et en supposant le nom du sieur Labaume-Montrevel inscrit sur la liste des émigrés, cette administration fait réapposer le séquestre. — Les héritiers se pourvoient auprès du directoire exécutif, qui, par arrêté du 13 floréal an 6, déclare que le sieur Labaume-Montrevel n'a jamais abandonné le territoire français, annulle l'inscription de son nom sur la liste des émigrés, et ordonne la levée définitive du séquestre apposé sur ses biens. — Le 15 messidor suivant, l'administration du département de Saône-et-Loire arrête que le séquestre sera maintenu sur les biens de son arrondissement, à raison de l'émigration de plusieurs personnes qu'elle annonce être

Digitized by Google

au nombre des héritiers. — Nonveau recours au gouvernement, qui, par un second arrêté du 21 vendémiaire an 8, renvoie les parties devant le tribunal civil du département de la Seine, pour y faire juger si les émigrés énoncés dans l'arrête de l'administration du département de Saône-et-Loire du 15 messidor an 6, sont ou ne sont pas héritiers du sieur Labaume-Montrevel. — Cependant la régie de l'Enregistrement et des domaines reste en possession des biens situés dans le département de Saône-et-Loire; et ces biens ne sont définitivement restitués aux héritiers qu'à la suite d'un jugement du tribunal civil du département de la Seine du 21 ventose an 9, par lequel il est décidé que la nation n'a, du chef des émigrés énoncés dans l'arrêté du 15 messidor an 6, aucun droit à la succession.

Les choses en cet état, quatre contraintes sont décernées contre les héritiers Labaume-Montrevel; et elles donnent lieu à quatre instances différentes.

La première est décernée le 28 fructidor an 9, par le receveur du bureau de Tournus; et un jugement du tribunal civil de Mâcon du 25 ventose an 10 la déclare nulle, sur le fondement que la prescription de cinq ans était acquise aux héritiers longtemps avant la date de cette contrainte. — Mais la régie s'étant pourvue en cassation, arrêt du 30 pluviose an 12, au rapport de M. Pajon, qui, — « Vu l'art. 18 de la loi du 5-19 décembre 1790, et l'art. 24 de celle du 22 frimaire an 7; et attendu, 1°. que les biens de Labaume-Montrevel ont été confisqués par suite du jugement révolutionnaire qui le condamna à mort le 19 messidor an 2, et qu'ils sont en conséquence restés sous le séquestre national, tant en vertu de ladite confiscation que par l'effet de l'inscription de son nom sur la liste des émigrés; — 2°. Que, nonobstant les arrêtés administratifs provisoires qui ont envoyé les défendeurs en possession de ses biens, il est néanmoins constant en fait que le séquestre national a continué d'y être maintenu jusqu'à ce qu'il eût été définitivement levé par un arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6; d'où il suit qu'à partir de cette époque jusqu'au 28 fructidor de l'an 9, date de la contrainte dont il s'agit au procès, il ne s'est point écoulé un intervalle suffisant pour opérer la prescription en leur faveur; — 3°. Que la mise en possession dont parle la loi du 22 frimaire, ne peut s'entendre du simple envoi provisoire dont l'exécution a été contestée, et nonobstant lequel la régie n'a pas cessé de percevoir à son profit les revenus de ces biens, ce qui l'a constituée dans l'impossibilité de former pendant ce temps aucune espèce de demande à fin de paiement des droits dont il s'agit; — 4°. Enfin, qu'en faisant courir l'ouverture de paiement de ces droits à l'époque de la mort dudit Labaume-Montrevel, et non du moment de la levée du séquestre définitive, le jugement attaqué a, non seulement fait une fausse application de l'article ci-dessus cité de la loi du 19 décembre 1790, mais encore contrevenu à celle du 22 frimaire; — Par ces motifs, le tribunal casse et annulle... ».

La seconde contrainte est décernée le 20 messidor an 10, par le receveur du bureau de Lagny. Par jugement du 18 frimaire an 11, le tribunal civil de Mâcon la déclare encore nulle, attendu qu'en thèse générale, c'est le decès qui donne ouverture au droit de mutation; et que par conséquent c'est du jour du decès que la prescription de cinq ans doit conrir; que si, dans l'espèce, la prescription n'a pas couru du jour du decès du sieur Labaume-Montrevel, elle a du moins couru, soit à compter de la loi du 21 prairial an 3, soit à compter de l'arrête de l'administration du département de Saône-et-Loire, du 25 prairial an 5; que du 25 prairial an 5 au 20 messidor an 10, il s'est écoulé plus de cinq ans; et que l'on ne peut que regarder comme illégale la possession dans laquelle la regie s'est maintenue, an mépris de l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6. — Recours en cassation contre ce jugement, de la part de la régie; et par arrêt du 30 pluviose an 12, au rapport de M. Roussean, — « Vu l'art. 18 de la loi du 5-19 décembre 1790 et l'art. 24 de celle du 22 frimaire an 7; attendu que les biens de la Baume-Montrevel ont été confisqués en conséquence d'un jugement du tribunal révolutionnaire, qui le condamna à mort le 19 messidor an 2; qu'ils sont restés sous le séquestre national, tant en vertu dudit jugement, que par suite de l'inscription de son nom sur la liste des émigrés; — Que quoique les héritiers Montrevel aient obtenu des arrêtes qui les ont envoyés en possession dès le mois de messidor an 4 et le 25 prairial an 5, il est néanmoins reconnu, tant par le jugement attaqué, que par les héritiers dans leur mémoire signifié en première instance, que, nonobstant ces arrêtes, le séquestre a été maintenu, et que la régie a continué de percevoir les revenus jusqu'à l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, qui leva définitivement le séquestre; qu'à partir de cette époque jusqu'au 20 messidor an 10, date de la première contrainte, il n'y a pas cinq années révolues; — Que la mise en possession dont parle la loi de frimaire, ne peut s'entendre d'un simple envoi dont l'exécution est contestée et n'a pas son effet, mais d'une possession réelle; qu'ainsi le delai de cinq ans accorde à la regie, pour faire le recouvrement du droit de mutation, n'a pu courir tant qu'elle est restée elle-même en possession; — Qu'en faisant courir la prescription de cinq ans, soit du jour du décès, soit avant la levée du séquestre et la dépossession effective de la regie, il y a, sous ce premier rapport, fausse application de l'art. 18 de la loi du 19 décembre 1790, puisqu'à cette époque, la succession des biens de Montrevel était ouverte au profit de la république, et non à celui des heritiers naturels; et, d'un autre côté, contravention à la loi de frimaire ci-dessus citée, en decidant qu'il a pu courir un delai fatal, avant la mise en possession des héritiers; — Par ces motifs, le tribunal, donnant défaut des heritiers Montrevel non comparans, casse et annulle le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Mâcon, le 18 frimaire

Digitized by Google

an 11, renvoie les parties devant le tribunal de l'arrondissement de Charolles... »

La troisième contrainte est décernée, le 6 thermidor an 10, par le receveur du bureau de.... Les héritiers y forment opposition et soutiennent que l'action de la régie est prescrite. Jugement du tribunal de Louhans, le 24 prairial an 11, qui le juge ainsi. Mais sur le recours de la régie, arrêt du 19 thermidor an 12, au rapport de M. Gandon, par lequel, — « Considérant que les héritiers Labaume n'ont point possédé pendant le séquestre reapposé en l'an 6, et que la nation, qui a joui pendant ce séquestre, ne pouvait agir pour demander le droit de mutation; qu'en reconnissant la possession qu'ont eue les héritiers depuis le 13 prairial an 5 jusqu'à la réapposition du séquestre, en vertu de l'arrête du 15 messidor an 6, et celle qu'ils ont reprise en vertu du jugement du 22 ventose an 9, il s'en faudrait beaucoup qu'ils eussent possédé cinq ans avant la contrainte décernée le 10 messidor an 10; d'où résulte la fausse application de la loi qui établit la prescription de cinq ans; — La cour casse et annulle..... »

La quatrième contrainte est décernée le 25 thermidor au 10, par le receveur du bureau de Châlons-sur-Saône. Les héritiers y forment opposition. — Par jugement du 27 brumaire an 11, le tribunal civil de Châlons-sur-Saône, « considérant que tous les actes administratifs qui ont été faits au mépris des défenses prononcées par l'arrêté du 28 messidor an 3, sont irreguliers, et ne peuvent empêcher la mise en possession de remonter à l'époque de cet arrête, puisqu'ils ont eté cassés par l'autorité supérieure, et que l'arrêté de maintenue de séquestre du 15 messidor an 6, n'a pas pu détruire l'effet d'un arrêté de comité de gouvernement, tel que celui du 28 messidor an 3 «; déclare l'opposition fondée et la prescription acquise. — Recours en cassation de la part de la régie; et le 24 nivose an 13, arrêt au rapport de M. Bailly, par lequel, — « Vu l'art. 18 de la loi du 5-19 décembre 1790 et l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant que la première de ces lois ne fait courir, *que du jour de leur ouverture*, la prescription de cinq ans contre toute demande des droits de succession; et que la seconde ne fait partir que de leur *mise en possession*, le délai qu'elle accorde aux héritiers pour faire la déclaration des biens, et pour payer les droits de succession d'un condamné, si ses biens sont séquestrés; — Considérant en fait, qu'il est constant dans l'espèce, 1°. Que le premier envoi en possession de l'hérédité Montrevel, ordonné, soit par l'arrêté du département de Saône-et-Loire, du 15 ventose an 5, soit par celui du departement de la Seine, du 29 ventose an 4, soit même par celui du comité de législation de la convention nationale, du 28 messidor an 3, n'a été qu'éphémère, puisque les biens de cette heredité ont été remis sous le séquestre, dans le département de Saône-et-Loire, à la suite des événemens du 18 fructidor an 5; 2°. Que le séquestre de ces biens a été maintenu par l'arrêté du 15 messidor an 6, dont les tribunaux ne sont point juges; 3°. Qu'en vertu du séquestre, la republique a eu la jouissance de ces mêmes biens jusqu'après le jugement du tribunal de la Seine, du 22 ventose an 9; d'où il resulte que ce n'est qu'à dater de ce jugement, que les heritiers du sieur Labaume-Montrevel ont été réellement mis en possession de sa succession, que le délai légal des six mois pour faire leur déclaration, a dû courir, et qu'il y a eu ouverture des droits de cette succession; — D'où la consequence ulterieure, qu'il s'en fallait beaucoup que la prescription de cinq ans fût acquise au 25 messidor an 10, époque de la contrainte décernée par le receveur des droits de mutation au bureau de Châlons-sur-Saône; et qu'il y avait lieu, d'après le texte formel des lois ci-dessus rapportées, de déclarer valable cette contrainte, sauf verification de la quotité de la somme due; — La cour casse et annulle..... »

Voilà donc quatre arrêts qui jugent formellement que la prescription n'a pas couru au profit des héritiers du sieur Labaume-Montrevel, soit à compter du jour du décès de celui-ci, soit à compter de l'envoi en possession provisoire de sa succession.

Cependant, en exécution du deuxième de ces arrêts, la question est reportée devant le tribunal civil de Charolles; et le 5 prairial an 13, ce tribunal, adoptant le système qui avait prévalu devant celui de Mâcon, rend un jugement qui la decide en faveur des héritiers, — « Attendu, en droit, qu'une succession est un droit incorporel et intégral qui affecte tous les biens qui en font partie; que la mise en possession ne peut être partielle, ni réputée avoir lieu à autant d'époques differentes qu'il y avait de régisseurs particuliers; et que ce principe avait été consacré par l'arrêté du comité de legislation, du 28 messidor an 3, qui porte qu'il suffira *de faire prononcer l'envoi en possession par une seule administration sans être tenu de s'adresser à toutes*; — Que dès-lors, la possession réelle et effective de cette succession s'est opérée du jour où l'administration du lieu a prononcé; que dès cet instant, tous les biens qui en faisaient partie, sont passés au pouvoir des héritiers, quelque part que ces biens fussent situés, et sans que les actes isolés et illégaux de quelques régisseurs aient pu retarder l'époque de cette possession, pour les biens qu'ils régissaient; que ce principe est d'autant plus incontestable dans le cas particulier, que toute la succession Labaume étant régie par une seule administration, celle des domaines, la dépossession de cette administration n'a pu être partielle, ni dépeudre de l'adhésion ou du refus de ses mandataires, qui ne pouvaient avoir d'autre volonté que celle de leurs commettans; et que tous obstacles de leur part ne devaient être considérés que comme une résistance à l'autorité supérieure, qui ne pouvait retarder la mise en possession réelle et effective de la succession; — Attendu, en fait, que par arrêté du bureau des domaines, du 29 ventose an 4, les héritiers Labaume ont été envoyés en possession

Digitized by Google

provisoiré sous caution; que cette caution a été agréée et reçue le 26 floréal suivant; que la levée des scellés et la mise en possession réelle se sont effectuées et ont été constatées contradictoirement par procès-verbal du 5 prairial suivant; que cette main-levée a été ensuite successivement prononcée par l'administration du département de l'Ain, le 3 messidor an 4, et par celle de Saône-et-Loire, le 25 prairial au 5; que dès-lors, la possession réelle et effective des héritiers a pris date à l'époque de l'arrêté du 21 fructidor an 4, dont les autres n'étaient que l'exécution, ou au moins à l'époque de la mise en possession réelle et effectuée par le commissaire Girardin, par le procès-verbal du 5 prairial an 4; Qu'à la vérité, cette possession fut déclarée n'être que provisoire; mais que cette condition ne changeait rien à ses effets, et qu'elle n'en était pas moins réelle et effective, d'autant mieux qu'ayant été convertie en définitive par l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, l'effet de cette conversion était de faire remonter la date de la possession à celle de l'arrêté du 29 ventose an 4, et ce par le même motif qu'un jugement appelable et exécutoire par provision, prend date, non pas du jour où il a été confirmé et déclaré définitif par un tribunal supérieur, mais bien du jour où il a été rendu; qu'ainsi l'arrêté du directoire exécutif n'a opéré réellement et définitivement aucune nouvelle possession au profit des héritiers, et qu'il n'est que déclaratif et confirmatif de la précédente; que d'ailleurs cette possession n'avait été accordée provisoirement que pour la sûreté de la république dans le cas où quelques uns des héritiers se trouveraient inscrits sur une liste d'émigrés; et que dès-lors, cette précaution n'étant relative qu'à la capacité de quelques uns des héritiers, elle ne faisait aucun obstacle à la possession réelle et effective de tous les héritiers en général; — Attendu qu'il résulte des certificats donnés par le receveur de l'Enregistrement de Montrevel le 25 pluviose an 12, et par celui des domaines à Bourg le 24 dudit mois, que depuis le mois de frimaire et de germinal an 3, ils n'ont perçu aucuns revenus de ladite succession, ce qui caractérise bien une dépossession réelle et effective; — Attendu que les héritiers ont toujours continué de jouir paisiblement jusqu'à l'époque de l'arrêté du département de Saône-et-Loire du 15 messidor an 6, qui ordonnait la réapposition du séquestre; mais que cet arrêté n'a point fait cesser la possession, soit parce qu'elle a été annullée, soit parceque la cour de cassation en faisant remonter l'époque de cette possession à l'arrêté du 3 floréal an 6, qui était antérieur à celui de Saône-et-Loire, a reconnu implicitement que ce dernier arrêté n'avait produit aucun effet; — Attendu qu'il s'est écoulé plus de cinq ans depuis la mise en possession réelle jusqu'à la contrainte du 20 messidor an 10; que conséquemment la prescription du droit de mutation est acquise; que d'ailleurs cette contrainte n'ayant été signifiée qu'à un fondé de pouvoir, elle n'aurait pas interrompu la prescription; — Attendu que, par jugement du tribunal de Trévoux du 24 ventose an 11, cette prescription a été accueillie; et que ce jugement a l'autorité de la chose jugée, puisque la demande était formée sur la même cause, qu'elle était entre les mêmes parties, et formée par elles et contr'elles en la même qualité; — Attendu enfin que la prescription est fondée sur une présomption de paiement; et que, dans le cas particulier, cette présomption devient certitude, puisqu'il est constant au procès que les deniers perçus par l'administration des domaines, l'ont désintéressée, et bien au-delà, des droits qu'elle réclame; et que c'est sans doute par ce motif, qu'elle n'a pas réclamé dans un temps opportun».

L'administration de l'Enregistrement se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 29 vendémiaire an 14, la section des requêtes renvoie l'affaire aux sections réunies.

« La question sur laquelle vous avez à prononcer (ai-je dit à l'audience du 7 août 1807), n'en devrait plus être une d'après les quatre arrêts de la section civile qui l'ont décidée uniformément entre les mêmes parties. Mais puisqu'on vous la soumet de nouveau, il est de notre devoir de peser les différens motifs qui ont déterminé le tribunal civil de Charolles à la juger dans un sens absolument opposé aux quatre arrêts dont l'administration de l'Enregistrement se prévalait devant lui.

» Le tribunal civil de Charolles n'a pas méconnu le principe consacré par ces quatre arrêts, d'après l'art. 18 de la loi du 5 décembre 1790, expliqué par l'art. 24 de celle du 22 frimaire an 7, que la prescription du droit de mutation, relativement aux successions séquestrées *pour quelque cause que ce soit*, ne commence à courir que du jour de la mise en possession des héritiers.

» Mais il a établi que la mise en possession des héritiers Labaume remontait à l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, du 29 ventose an 4; et comme du 29 ventose an 4 au 20 messidor an 10, date de la contrainte décernée par le receveur du bureau de Lagny, l'intervalle est de plus de cinq années, il en a conclu que la prescription était acquise. — Il a ajouté que quand même la prescription n'eût pas encore été acquise le 20 messidor an 10, la contrainte décernée ce jour-là, ne l'aurait pas interrompue, parcequ'elle n'avait été signifiée qu'à un fondé de pouvoir. — Il a dit encore que la question n'était plus entière; qu'elle avait été jugée par le tribunal civil de Trévoux le 24 ventose an 11; et que le jugement de ce tribunal n'ayant été ni réformé ni même attaqué, il en résultait contre l'administration de l'Enregistrement une exception insurmontable. — Enfin il a été jusqu'à dire que les héritiers Labaume-Montrevel n'avaient même pas besoin de la prescription pour repousser la demande de l'administration de l'Enregistrement; que la prescription n'étant qu'une présomption de paiement, devient inutile, quand il y a certitude d'un paiement effectif; et qu'ici il y a certitude de paiement des

Digitized by Google

droits de mutation réclamés par l'administration de l'Enregistrement, puisque cette administration s'en est payée elle-même par ses propres mains, en touchant les revenus de la succession pendant tout le temps que les biens ont été sous le séquestre. — Reprenons ces quatre motifs, et pesons-les successivement dans la balance de la loi.

» D'abord, est-il vrai que, pour les biens de la succession Labaume-Montrevel qui sont situés dans le département de Saône-et-Loire, la mise en possession des héritiers remonte à l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, du 29 ventose an 4?

» Que par cet arrêté, la qualité des héritiers Labaume ait été reconnue, et qu'ils aient été autorisés à se mettre provisoirement en possession des biens, nous en convenons. — Mais si de là il résulte qu'à compter du jour où cet arrêté a été pris, les héritiers Labaume-Montrevel ont pu se dire saisis du droit de toute la succession de leur parent; si de là il résulte qu'à compter de ce jour, ils ont pu intenter complainte contre tout particulier qui les aurait troublés dans leur saisine; il n'en résulte pas également qu'ils aient pu être considérés, relativement à la prescription du droit d'Enregistrement, comme mis en possession, à compter de ce même jour, de l'universalité des biens de la succession dont il s'agit.

» Le droit d'Enregistrement auquel une succession donne ouverture, ne se paye pas en entier dans le lieu où cette succession s'est ouverte: il ne s'y paye qu'à raison des biens qui y sont situés réellement, ou qui y sont censés l'être par la fiction de la loi. Pour tous les autres biens, il se paye dans les différens lieux de leur situation. — *Les déclarations des héritiers*, porte l'art. 12 de la loi du 5 décembre 1790, *seront enregistrées, savoir: pour les immeubles réels, au bureau dans l'arrondissement duquel les biens seront situés; et pour les immeubles fictifs, au bureau établi près le domicile du dernier possesseur. — Les mutations par décès*, porte également l'art. 27 de la loi du 22 frimaire an 7, *seront enregistrées au bureau de la situation des biens.*

» Ce n'est donc pas au receveur du bureau de l'arrondissement dans lequel une succession s'est ouverte, qu'est confié le soin de recouvrer les droits de mutation: ce soin n'est confié qu'aux receveurs des divers arrondissemens dans lesquels sont situés les biens dépendans de cette succession.

» Et comme c'est aussi à chacun d'eux qu'est confié le soin de toucher les revenus de ces biens, lorsque, par l'effet d'une cause quelconque, ils se trouvent séquestrés, il est clair que si une succession a été séquestrée au moment de son ouverture, le receveur de chacun des arrondissemens où sont situés les biens qui en dépendent, n'a aucune diligence à faire pour en recouvrer les droits de mutation. Car l'obligation des héritiers d'acquitter ces droits, ne commence qu'avec leur jouissance; tant qu'ils ne jouissent pas, ils ne doivent rien au fisc; et tant qu'ils ne doivent rien au fisc, le fisc n'a pas d'action contre eux: or, *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

» Eh! comment, d'après cela, les héritiers pourraient-ils, au moyen de la main-levée du séquestre dans le lieu de l'ouverture de la succession, faire courir la prescription contre les receveurs des arrondissemens dans lesquels les biens continueraient d'être séquestrés? Tout receveur qui n'est pas dessaisi par une main-levée locale du séquestre, est par cela seul maintenu dans la jouissance des biens situés dans son arrondissement: jouissant de ces biens, il n'a point de droit de mutation à exiger; et n'ayant point d'action pour exiger ce droit, il est nécessairement à l'abri de la prescription.

» Il ne faut donc pas confondre la saisine légale des héritiers, qui s'opère par la mort du défunt, et qui, en cas de séquestre, reprend son effet par l'envoi en possession que prononce l'administration du département où la succession s'est ouverte, avec la *mise en possession* que la loi fixe pour le point de départ de la prescription du droit d'Enregistrement. La saisine légale est une et indivisible; mais la mise en possession est un fait qui doit se répéter autant de fois qu'il y a de départemens dans lesquels sont répandus les biens de la succession.

» Et c'est ce que vos arrêts ont constamment distingué avec la plus grande précision. — Le 3 thermidor an 9, au rapport de M. Cochard, et sur nos conclusions, vous avez dit, en cassant un jugement du tribunal civil de Trévoux, que l'ouverture de la succession d'Emmanuel Tocquet n'avait pu être formée, en faveur de son héritière et à l'effet de faire courir la prescription du droit d'Enregistrement, *que par la mise en possession RÉELLE des biens composant ladite succession.* — Le 2 ventose an 11, au rapport de M. Aumont, en cassant un jugement du tribunal civil de Paris, rendu au profit des héritiers Neymeranges, vous avez encore établi que la *prescription des droits de mutation dus à la république*, ne peut avoir lieu qu'*au moment où les héritiers naturels sont mis en possession RÉELLE desdits biens* — Et le 24 nivose an 13, en cassant, au rapport de M. Bailly, un jugement du tribunal de Mâcon, rendu en faveur des héritiers Labeaume-Montrevel, vous avez encore répété que *le délai de six mois, pour faire leur déclaration*, n'avait pu courir contre eux que du moment où ils avaient été *RÉELLEMENT mis en possession.*

» Ce n'est donc pas à l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, du 29 ventose an 4, qu'est censée remonter, par rapport aux droits d'Enregistrement dus pour les biens du département de Saône-et-Loire, la mise en possession des héritiers Labaume-Montrevel. Cette mise en possession ne peut donc, relativement aux droits d'Enregistrement, remonter, pour les biens du département de Saône et-Loire, qu'au jour où elle a été autorisée par l'administration de ce département; elle ne peut donc remonter qu'au 25 prairial an 5.

Digitized by Google

» Mais, du 25 prairial an 5 au 20 messidor an 10, il s'est écoulé plus de cinq ans. Dès-lors, la prescription n'était-elle pas acquise, le 20 messidor an 10, contre la régie de l'Enregistrement? Dès-lors, ne devez-vous pas maintenir le jugement qui, sur le fondement de la prescription quinquennale, a déchargé les héritiers Labaume-Montrevel?

» Non, messieurs, et au contraire vous vous sentirez, en quelque sorte, pressés par la nécessité de casser ce jugement, lorsqu'en vous reportant à l'arrêté de l'administration du département de Saône-et-Loire, du 15 messidor an 6, vous verrez que, par cet arrêté, les biens de la succession Labaume-Montrevel ont été frappés d'un nouveau séquestre, qui n'a été levé qu'en exécution du jugement du tribunal civil du département de la Seine, du 22 ventose an 9. Très certainement la prescription qui aurait alors pu courir en faveur des héritiers, à compter du 25 prairial an 5, a été suspendue par cet arrêté, ou du moins par le séquestre dont il a été suivi. Très certainement cette prescription n'a pu reprendre son cours qu'après la levée du séquestre qui l'avait suspendue. Or, en supposant, contre toute vraisemblance, que ce nouveau séquestre ait été levé dès le lendemain du jugement du 22 ventose an 9, quel temps de possession utile resterait-il aux héritiers? Rien de plus qu'un espace de deux ans quatre mois et dix-huit jours: savoir un an et vingt jours avant l'arrêté du 15 messidor an 6; et un an, trois mois et vingt-huit jours depuis le jugement du 22 ventose an 9 jusqu'à la contrainte du 20 messidor suivant. Et le tribunal de Charolles a pu juger que l'action de la régie était prescrite! Disons-le franchement: en jugeant ainsi, il a abusé ouvertement du pouvoir dont la loi l'avait investi; il a méprisé toutes les règles; il a franchi toutes les bornes.

» Et inutilement a-t-il dit que l'arrêté du 15 messidor an 6 avait été *annullé*; inutilement a-t-il dit que *la cour, en faisant remonter l'époque de la possession des héritiers à l'arrêté* du directoire exécutif *du 3 floréal an 6, qui était antérieur à celui du département de Saône-et-Loire, avait reconnu implicitement que ce dernier arrêté n'avait produit aucun effet.*

» L'arrêté du 15 messidor an 6 a été *annullé!* Où est donc l'acte qui en a prononcé l'annullation? De quelle autorité cet acte est-il émané? Quelle est sa teneur? quelle est sa date? A toutes ces questions point de reponse dans le jugement du tribunal de Charolles. Le tribunal de Charolles met à la place d'un arrêté qu'on lui représente, et dont rien ne lui permet de suspecter l'authenticité, un acte d'annullation qui n'existe pas, qui n'a jamais existé; et par cette supposition, peut-être sans exemple dans les fastes de la justice, il écarte, il anéantit une décision administrative; il paralyse les opérations d'une autorité sur laquelle le pouvoir judiciaire n'a aucune prise; il transgresse, en un mot, de la manière la plus scandaleuse, la barrière que l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790 et la loi du 16 fructidor an 3 ont posée entre les juges et les administrateurs.

» Il est, au surplus, bien évident que l'arrêt de la cour du 30 pluviose an 12 ne reconnait pas, même implicitement, que l'arrêté du 15 messidor an 6 soit demeuré sans effet; et le tribunal de Charolles s'en serait convaincu lui-même, s'il avait lu cet arrêt avec attention: — « Attendu (y est-il dit) que, quoique les héritiers Labaume aient obtenu des arrêtés qui les ont envoyés en possession dès le mois de messidor an 4 et le 25 prairial an 5, il est néanmoins reconnu, *tant par le jugement attaqué que par les héritiers dans leur mémoire signifié en première instance*, que, nonobstant ces arrêtes, le séquestre a été maintenu, et que la regie a continué de percevoir les revenus jusqu'à l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, qui leva définitivement le séquestre; et qu'à partir de cette époque jusqu'à la contrainte, il n'y a pas cinq années revolues ». — On voit clairement que, d'après les faits reconnus, et par le jugement de Mâcon, et par les héritiers eux-mêmes, il était impossible que, même abstraction faite de l'arrêté du 15 messidor an 6, les droits réclamés par la régie de l'Enregistrement, fussent prescrits. — Il était donc inutile que l'arrêt du 30 pluviose au 12 s'expliquât sur cet arrêté, que rien d'ailleurs ne prouve avoir été, à cette époque, produit dans l'instance. — Le silence de l'arrêt du 30 pluviose an 12 sur l'arrêté du 15 messidor au 6, ne prouve donc, ne permet donc même pas de présumer que la cour ait considéré cet arrêté comme detruit par un acte quelconque de l'autorité supérieure.

» Mais, après tout, ce qui achève de démontrer que cet arrêté a eu sa pleine exécution', et que le séquestre, dont il avait ordonné la réapposition, a subsisté jusqu'au jugement du tribunal civil du département de la Seine du 22 ventose an 9, qui en a fait cesser le motif, c'est que les héritiers Labaume, dans leur mémoire de défense du 2 avril 1806, conviennent que dans l'intervalle de l'arrêté à ce jugement, les *receveurs de la régie dans le département de Saône-et-Loire, en abusant*, selon eux, *des moyens que la loi avait mis en leur pouvoir, sont parvenus à arracher aux fermiers et débiteurs de la succession différentes sommes montant à plus de* 300,000 *fr.*

» Vainement, au surplus, prétend-on que le séquestre réappose en vertu de l'arrêté du 15 messidor an 6, doit être considéré comme non avenu, par cela seul que le jugement du 22 ventose an 9 a décidé que le motif en était mal fondé. L'opposition du séquestre et sa durée jusqu'au jugement du 22 ventose an 9, sont des faits que ce jugement ne peut pas empêcher d'avoir eu lieu. Ce jugement a bien pu juger, il a bien jugé effectivement que ce séquestre avait été apposé sans cause légitime; mais il n'en a ni effacé ni pu effacer l'apposition même; il n'a ni jugé ni pu juger que ce séquestre n'avait pas été apposé. Or, dès qu'il demeure constant que ce séquestre a été apposé, il demeure constant

Digitized by Google

aussi que tant qu'il a duré, la régie de l'Enregistrement n'a pas pu agir pour le recouvrement des droits de mutation; il demeure constant aussi que la prescription n'a pas pu courir contre la régie de l'Enregistrement.

» Mais jusqu'à présent nous avons supposé, avec les défendeurs, qu'ils avaient joui des biens du département de Saône-et-Loire depuis le 25 prairial an 5 jusqu'à l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6; nous avons supposé avec eux que tous le temps écoulé depuis le 25 prairial an 5 jusqu'au 3 floréal an 6, avait été pour eux un temps de possession utile: et nous avons prouvé que, même dans cette supposition, le jugement attaqué prêterait encore à la cassation de deux chefs: 1°. pour avoir jugé que la mise en possession des défendeurs devait, quant à la prescription des droits d'Enregistrement, remonter, pour les biens du département de Saône-et-Loire, à l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, du 29 ventose an 4; 2°. pour avoir jugé que la prescription, dût-elle même dater du 29 ventose an 4, n'avait pas été interrompue par l'arrêté de l'administration du département de Saône-et-Loire du 15 messidor an 6.

» Que sera-ce donc, si nous prouvons que, même dans l'espace de temps écoulé, soit entre l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine du 29 ventose an 4, soit entre l'arrêté de l'administration du département de Saône-et-Loire du 25 prairial an 5, et l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, les défendeurs n'ont pas joui, même provisoirement, même sous caution, des biens situés dans le département de Saône-et-Loire? Alors, sans doute, il ne restera plus, nous ne dirons pas aucun motif, aucune raison, mais même le prétexte le moins apparent, pour colorer le système de prescription si étrangement adopté par le tribunal civil de Charolles.

» Eh bien! nous l'avons déjà dit, on lit en toutes lettres dans l'arrêt de la section civile du 30 pluviose an 12, que *dans leur mémoire signifié* devant le tribunal de Mâcon, les héritiers Labaume ont *reconnu que nonobstant les arrêtés* des 29 ventose an 4 et 25 prairial an 5, *le séquestre avait été maintenu* sur les biens du département de Saône-et-Loire, et *que la régie a continué de percevoir les revenus jusqu'à l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, qui avait levé définitivement le séquestre.*

» Et qu'est-ce que le tribunal de Charolles oppose à une reconnaissance aussi positive des héritiers Labaume?

» Il oppose d'abord deux certificats du receveur de Montrevel et de Bourg, qui attestent que depuis l'an 3, ils n'ont perçu aucuns fruits de la succession; et il est bien évident que des certificats relatifs à des biens situés dans le département de l'Ain, ne prouvent rien pour les biens situés dans le département de Saône-et-Loire.

» Il oppose ensuite *que les héritiers ont toujours continué de jouir paisiblement jusqu'à l'époque de l'arrêté du département de Saône-et-Loire du 15 messidor an 6*; et cette assertion, détruite d'avance, quant aux biens du département de Saône-et-Loire, par la reconnaissance des héritiers dans leur mémoire signifié devant le tribunal de Mâcon, il ne l'appuie d'aucune pièce, d'aucun document, d'aucune espèce de preuve; il ne l'applique même pas spécifiquement aux biens du département de Saône-et-Loire; il la laisse dans un vague qui, saisement expliqué, ne pourrait recevoir d'application qu'aux biens sur lesquels portent les deux certificats dont il la fait dériver, c'est-à-dire, aux biens du département de l'Ain.

» On dira sans doute que ce sont là des points de fait. — Mais quelqu'etendu que soit sur les points de fait, le pouvoir des tribunaux qui jugent en dernier ressort, il ne va cependant pas jusqu'à autoriser ces tribunaux, soit à mettre en avant des faits dont la fausseté est legalement constatée, soit à nier des faits dont la preuve authentique est sous leurs yeux; et l'on sent bien que s'il en était autrement, il n'y a point de loi qu'ils ne pussent ou violer ou appliquer à faux impunément, puisqu'ils n'auraient besoin pour cela que d'écarter les faits qui obligeraient à l'application de telle loi, ou d'imaginer des faits auxquels serait applicable telle loi, qui pourtant est par soi étrangère à l'objet de la contestation.

» Or, le tribunal de Charolles avait sous les yeux une reconnaissance judiciaire qui prouvait tout à la fois et qu'il était constant que la régie de l'Enregistrement avait joui des biens du département de Saône-et-Loire jusqu'à l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, et qu'il était faux que jusqu'à cet arrêté, les défendeurs eussent joui personnellement de ces mêmes biens. Cette reconnaissance n'avait été détruite par aucune preuve contraire; elle conservait donc contre les défendeurs toute sa force primitive; elle formait donc contre les défendeurs une preuve complète. Le tribunal de Charolles a donc violé, eu l'écartant, l'art. 1756 du Code Napoléon, suivant lequel *l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait; et il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait.*

» Ainsi, trois moyens de cassation sortent du premier motif du jugement du tribunal de Charolles. — 1°. En jugeant que, dans le fait, les défendeurs ont joui des biens du département de Saône-et-Loire avant l'arrêté du directoire exécutif du 3 floréal an 6, il a violé, comme nous venons de le dire, un texte formel du Code Napoléon. — 2°. En jugeant que la mise en possession des défendeurs doit remonter, quant aux biens du département de Saône-et-Loire, à l'arrêté du bureau des domaines nationaux du département de la Seine, du 29 ventose an 4, il a violé les art. 12 et 18 de la loi du 5 décembre 1790, ainsi que les art. 24 et 22 de la loi du 22 frimaire an 7. — 3°. En jugeant que l'arrêté de l'administration du département de Saône-et-Loire, du 13 messidor an 6, n'avait pas

Digitized by Google

dépossédé les défendeurs, il a violé l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790, ainsi que la loi du 16 fructidor an 3, qui mettent tous les actes administratifs à l'abri des atteintes du pouvoir judiciaire.

» Examinons maintenant si, par ses autres motifs, ce jugement a mieux respecté les lois.

» La contrainte du 20 messidor an 10, a dit le tribunal civil de Charolles, n'a été signifiée qu'à un fondé de pouvoir. Donc elle n'aurait pas pu interrompre la prescription, quand même à cette époque l'action de la régie n'aurait pas encore été prescrite. Donc si l'action de la régie n'était pas encore prescrite à cette époque, elle est du moins prescrite par le temps qui s'est écoulé depuis.

» Mais qu'est-ce qu'une contrainte en matière de droits d'Enregistrement? Rien autre chose qu'une manière de former une demande judiciaire contre les redevables qui sont en retard. Il en est donc, quant aux vices de signification, des contraintes comme des exploits ordinaires. Les vices qui peuvent se trouver dans la signification d'une contrainte, se couvrent donc, comme les vices qui peuvent se trouver dans la signification d'un exploit ordinaire, par les défenses que fournit au fond la partie à laquelle la contrainte a été signifiée; et juger le contraire, pour une signification faite avant le 1er janvier 1807, c'est aller contre le texte précis de l'art. 5 du tit. 5 de l'ordonnance de 1667; comme juger le contraire pour une signification faite depuis le 1er janvier 1807, c'est aller contre le texte précis de l'art. 173 de l'ordonnance du Code de procédure civile.

» Or, les héritiers Labaume ont défendu au fond devant le tribunal civil de l'arrondissement de Mâcon, sans exciper de la prétendue nullité de la signification de la contrainte du 20 messidor an 10; ils ont donc couvert cette nullité prétendue; le tribunal de Charolles a donc violé, en faisant revivre cette nullité prétendue, l'art. 5 du tit. 5 de l'ordonnance de 1667.

» Le tribunal de Charolles a encore dit que l'action de la régie de l'Enregistrement avait été jugée prescrite par le tribunal de Trévoux; et que le jugement de ce tribunal produisait contre la régie une exception de chose jugée.

» Mais de quels biens s'agissait-il dans le jugement du tribunal de Trévoux? Des biens, des seuls biens situés dans l'arrondissement de ce tribunal. Il ne s'y agissait donc pas des biens situés dans le département de Saône-et-Loire. Il n'y avait donc pas, dans l'instance jugée par le tribunal de Trevoux, *eadem res* que dans l'instance jugée par le tribunal de Charolles. Il ne pouvait donc pas résulter du jugement du tribunal de Trévoux, une exception de chose jugée. Le tribunal de Charolles a donc violé, en accueillant cette exception, les lois 11, 12 et 13, D. *de exceptione rei judicatæ*, dont les dispositions, qui avaient pour ce tribunal une autorité véritablement législative, puisque Charolles fait partie de la ci-devant Bourgogne, pays de droit écrit, sont d'ailleurs renouvelées littéralement par l'art. 1351 du Code Napoléon.

» Enfin, le tribunal de Charolles s'est retranché dans un système qu'avaient déjà proscrit, non seulement les quatre arrêts de la section civile rendus entre la régie de l'Enregistrement et les héritiers Labaume, mais encore six autres arrêts de la même section, du 22 vendémiaire et 4 thermidor an 9, 6 floréal an 10, 2 ventose, 14 germinal et 3 messidor an 11. Il a dit que les héritiers Labaume n'avaient pas besoin de la prescription pour faire rejeter la demande de la régie de l'Enregistrement; que la prescription qui n'est qu'une présomption de paiement, devient inutile quand le paiement est prouvé; et que dans l'espèce, il est prouvé que les droits réclamés par la régie ont été acquittés, puisqu'elle s'en est payée elle-même par ses propres mains, en touchant les revenus de la succession pendant toute la durée du séquestre.

» Pour réfuter ce système, il nous suffirait sans doute de remarquer qu'il est en opposition avec dix arrêts bien connus et bien précis de la section civile; mais nous dirons de plus qu'il est directement contraire à l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7.

» En effet, pour les successions qui ont été séquestrées, l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7 ne fait courir le délai de la déclaration et du paiement des droits, que du jour de la mise en possession des héritiers; et l'on sent assez que cette disposition serait absolument illusoire et sans objet, si par l'effet du séquestre, la régie devait se faire à elle-même la déclaration des biens; si par l'effet du séquestre, elle devait se payer à elle-même les droits de mutation, puisqu'une fois la déclaration faite, une fois le droit payé à la régie par la régie elle-même, il n'y aurait plus de déclaration à faire, plus de droit à payer par les héritiers, après leur mise en possession.

» Inutile d'observer que la régie se trouvant à la fois débitrice des revenus qu'elle a touchés en exécution du séquestre, et créancière d'un droit de mutation, il y a eu dans sa personne un concours de dette et de créance qui a opéré *ipso facto* la compensation de l'une par l'autre.

» D'abord, la question de savoir si la régie est réellement débitrice des revenus qu'elle a touchés en exécution du séquestre, la question de savoir si ces revenus doivent être restitués aux héritiers qui ont souffert le séquestre, ou s'ils doivent demeurer dans le trésor public, cette question n'est pas de la compétence des tribunaux, elle est purement administrative; et dès-lors, comment les tribunaux pourraient-ils établir la compensation d'une créance avec une dette de l'existence de laquelle ils ne sont pas juges?

» En second lieu, l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7 prouve avec la plus grande évidence qu'en cette matière, il ne peut pas s'opérer de compensation, et que la régie ne peut ni ne doit appli-

Digitized by Google

quer les revenus qu'elle touche, au paiement du droit qui lui est acquis.

» Le jugement qui vous est dénoncé, ne peut donc être justifié sous aucun rapport. Assemblage bizarre des idées les plus incohérentes et des paradoxes les plus hardis, il ne peut pas soutenir les regards des conservateurs suprêmes des lois nationales; et nous estimons qu'il y a lieu de le casser ».

Arrêt du 7 août 1807, au rapport de M. Gandon, par lequel, — « Vu l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7; l'art. 18 de la loi du 5-19 décembre 1790; l'art. 24, l'art. 27 et l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant qu'il résulte des dispositions de ces lois 1°. que chaque bureau de la régie doit recevoir la déclaration des biens situés sous son arrondissement, et que les droits et les obligations respectifs de la régie et des héritiers peuvent varier pour les délais, suivant la position des choses sous l'arrondissement de chaque bureau; 2°. que quant aux successions séquestrées, le délai pour faire la déclaration, de même que celui pour former la demande des droits, ne court que du jour de la mise en possession des héritiers, réciprocité dont la justice est évidente, un héritier ne pouvant être tenu de déclarer ni de payer pour une mutation à raison d'un bien que le gouvernement lui conteste, et la régie ne pouvant demander le droit de mutation à celui qui reclame un bien, tandis que le gouvernement jouit de ce bien en vertu de séquestre; — Considérant que les défenderurs n'ont, de leur aveu, été mis en possession des biens situés dans le département de Saône-et-Loire, que le 25 prairial an 5; que, de leur aveu encore, le séquestre a été réapposé sur ces mêmes biens en vertu de l'arrêté de l'administration de ce département, du 15 thermidor an 6, et qu'il a continué jusqu'au jugement du 22 ventose an 9; que ce fait incontestable et non contesté formait un obstacle absolu à ce que la régie demandât le droit de mutation pour ces biens, et conséquemment à ce que l'action qu'elle ponvait avoir, se prescrivît, tandis qu'elle tenait lesdits biens sous le séquestre; que les héritiers n'ont eu de possession des biens dont il s'agit, que depnis le 25 prairial an 5, jusqu'au 15 messidor an 6, et depnis le 22 ventose an 9 jnsqu'au 20 messidor an 10, jour de la notification de la contrainte; qu'ainsi cette possession n'avait duré que vingt-sept mois et vingt-huit jours, en reconnissant les deux époques pendant lesquelles elle a eu lieu; qu'il s'en faut conséqnemment beaucoup que l'action de la régie fût prescrite; — La cour casse et annulle le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Charolles, le 5 prairial an 13, pour fausse application et contravention aux lois ci-dessus citées, qui donnent cinq ans à la régie pour l'exercice de son action en paiement du droit de mutation par décès, pour les successions non déclarées...».

§. XXXIII. 1°. *Le délai de six mois, accordé aux héritiers pour faire leur déclaration au bureau d'Enregistrement et payer le droit de mutation, court-il contre les militaires absens pour cause de service?*

2°. *Lorsque la succession à déclarer est celle d'un militaire mort en activité de service hors de son département, le délai de cinq ans pour exiger la déclaration et le droit d'Enregistrement, se compte-t-il du jour du décès, ou seulement du jour de la mise en possession des héritiers?*

La première de ces questions est traitée dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 304.

La seconde s'est présentée dans l'espèce snivante. Le 20 frnctidor an 2, François-Boniface Lebas, domicilié à Yvetot, département de la Seine-Inférieurre, et fnsilier au premier bataillon du Finistère, meart à l'hôpital militaire de Bruges. — Le 5 thermidor an 10, Valentin et Victoire Lebas, ses frère et sœur, font transcrire sur les registres de l'état civil d'Yvetot, un certificat dn conseil d'administration de son corps, du 6 messidor précédent, qui constate son décès. — Le 15 prairial an 11, le receveur de l'Enregistrement au bureau d'Yvetot, décerne contre Valentin et Victoire Lebas, une contrainte en paiement d'une somme de 2,000 francs, à laquelle il évalue le droit de mutation qu'ils doivent pour les biens dont sa succession est composée. — Valentin et Victoire Lebas forment opposition à cette contrainte, et soutiennent, d'après l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, que le droit est prescrit par le laps des cinq années qui se sont écoulées depuis le décès de leur frère. — La régie répond que l'art. 24 de la même loi ne fait conrir le délai de six mois dans lequel les héritiers d'un militaire mort en activité de service hors de son département, doivent faire leur déclaration, qu'à compter du jour de leur mise en possession; et que tant que ce délai n'a pas couru contre eux, la prescription de cinq ans n'a pas pu courir en leur faveur. — Par jugement du 14 nivose an 12, le tribnnal civil d'Yvetot déclare le droit prescrit. — Mais snr le recours en cassation de la régie, arrêt dn 13 thermidor an 13, au rapport de M. Bailly, par lequel, — « Vu le §. 3 de l'art. 18 de la loi du 5-19 décembre 1790, et les art. 24, 61 et 73 de celle du 22 frimaire an 7; — Considerant que ces divers articles doivent être combinés entre eux, pour bien saisir et apprécier la volonté du législateur; qu'ainsi les droits de mutation sont ouverts par le decès de celui des biens daquel il s'agit; mais ils ne seront *exigibles* que lors des déclarations qui seront passées par les héritiers, donataires on légataires, dans le délai de six mois qui leur est accordé, ou après que ce délai légal se sera écoulé sans qu'il ait été fait de déclaration; et cette règle posée en termes généraux dans le §. 1er de l'art. 24, reçoit exception, au désir d'un autre §. du même article, lorsqu'il s'agit de la succession d'un défenseur de la patrie, mort en activité de service hors de son département, tellement qu'en ce cas, le délai pour acquitter

Digitized by Google

le droit de mutation ouvert par le décès de ce militaire, ne commencera néanmoins à courir que du jour de la mise en possession de ceux qui sont appelés à recueillir sa succession, encore que le droit de lui *succéder*, bien différent du fait de cette mise en possession, remonte à son décès; — Qu'ainsi, et par une juste réciprocité, l'action de l'administration de l'Enregistrement pour demander le paiement des droits résultans des successions, sera prescrite en général, selon le vœu exprimé en l'art. 61, après cinq années, à compter du jour du décès pour les successions non déclarées; mais au cas de succession d'un défenseur de la patrie, mort en activité de service hors de son département, la déclaration pour fixer la quotité des droits, n'ayant dû avoir lieu que dans les six mois à compter du jour où ses successeurs ont été mis en possession de ses biens, ce ne sera de même que du jour de leur mise en possession, que ses successeurs pourront partir pour commencer les cinq années après lesquelles l'administration n'aura plus d'action, ni pour exiger d'eux une déclaration des biens qui ont été l'objet de cette mise en possession, ni pour leur faire payer un droit quelconque de mutation, à raison du décès de ce défenseur: et une réciprocité de cette nature est de toute équité: *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Loi 1, §. 2, C. *de annali exceptione*; — Considérant, en fait, que François-Boniface Lebas, fusilier au premier bataillon du Finistère, est décédé en activité de service hors de son département, le 20 fructidor an 2; mais que sa mort n'a été connue de ses frère et sœur, appelés par la loi à lui succéder, que par le certificat du conseil d'administration de la 66e demi-brigade d'infanterie de ligne à eux délivré le 6 messidor an 10, et de l'administration de l'Enregistrement, que par la transcription de ce certificat, faite le 5 thermidor suivant, à la diligence des héritiers Lebas, sur les registres de l'état civil d'Yvetot, lieu de son domicile; 2°. Que ces héritiers n'ont été mis en possession des biens de la succession Lebas, en cette qualité *d'héritiers*, et à titre de *propriétaires*, que postérieurement au certificat susdaté; et que de cette époque à celle du 15 prairial an 11, jour de la contrainte décernée par le receveur des droits d'Enregistrement au bureau d'Yvetot, il ne s'était pas encore écoulé une des cinq années voulues par la loi, pour opérer prescription; — La cour casse et annulle... »

§. XXXIV. 1°. *Lorsque des héritiers dont la qualité ou les droits étaient contestés, ont obtenu un jugement en dernier ressort qui les a envoyés en possession de l'hérédité, sont-ils dès ce moment tenus de faire leur déclaration, et de payer les droits de mutation dans les six mois suivans; ou ce délai ne court-il contre eux que du jour où le jugement est exécuté par une mise en possession réelle et effective des biens de la succession?*

2°. *Les contraventions aux lois sur le droit d'Enregistrement, peuvent-elles être excusées par l'intention?*

Le sieur Fulcrau-Sue meurt en l'an 6, laissant une fille naturelle légalement reconnue, des frères et des sœurs. Le 6 thermidor de la même année, jugement du tribunal civil du département de l'Hérault, qui adjuge toute la succession à la fille naturelle. — Celle-ci fait à la régie de l'Enregistrement la déclaration des biens, et en paye les droits sur le pied d'un pour cent, conformément aux dispositions de la loi du 22 frimaire an 7, concernant les successions en ligne directe. — Après la publication du Code Napoléon et de la loi du 14 floréal an 11 (*V. Bidard*, sect. 2), les frères et sœurs attaquent le jugement du 6 thermidor an 6; et le 15 thermidor an 11, ils obtiennent un arrêt qui leur adjuge la moitié de la succession de leur frère. — De là dérive pour eux l'obligation de payer, à raison de cette moitié, un droit de quatre pour cent. — Un an écoulé sans qu'ils aient satisfait à cette obligation, la régie décerne contre eux, le 19 thermidor an 12, une contrainte en paiement d'une somme de 5,000 fr., à laquelle elle évalue le droit principal et le demi-droit en sus. — Opposition de la part des frères et sœurs, qui soutiennent ne rien devoir, parceque, selon eux, l'action de la régie est prescrite par le laps des cinq ans écoulés depuis l'ouverture de la succession. — Le 12 nivose an 13, jugement par lequel, « Attendu que le droit demandé aux héritiers est dû par eux, qu'il n'est pas prescrit, mais que les héritiers ont pu, sans se rendre répréhensibles, ne pas faire leur déclaration dans le délai fixé; le tribunal (civil de Montpellier), sans avoir égard aux exceptions des héritiers dont ils sont démis et déboutés, faisant, quant à ce, droit aux conclusions des administrateurs de l'Enregistrement, ordonne que les héritiers feront, dans le délai de deux mois, leur déclaration au bureau de l'Enregistrement, faute de quoi, et ledit délai passé, il sera fait droit ainsi qu'il appartiendra ». — A ce jugement succèdent diverses procédures, des offres de la part des héritiers que la régie n'accepte pas, un nouveau jugement qui proroge le délai de la déclaration, et enfin, le 28 messidor an 13, un troisième jugement qui condamne les héritiers à payer le droit principal, mais les décharge du demi-droit en sus. — Les motifs de cette dernière disposition sont, « 1°. Que par le premier jugement du 12 nivose, il est irrévocablement décidé que les héritiers ne se sont pas rendus répréhensibles par le défaut de déclaration dans le délai fixé, et par conséquent que le demi-droit en sus n'est pas dû; 2°. qu'en supposant que les héritiers n'aient pas fait de déclaration dans le délai déterminé, ils sont excusables parcequ'ils n'ont pas eu intention de frauder le droit; 3°. que ce délai n'a pas encore commencé à courir, parceque les héritiers n'ont pas encore obtenu la délivrance de leur part héréditaire ». — La régie se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque, tant comme faisant

Digitized by Google

une fausse application de l'autorité de la chose jugée, que comme violant divers articles de la loi du 22 frimaire an 7. Par arrêt du 11 février 1807, au rapport de M. Zangiacomi, — « Vu l'art. 24 et l'art. 39 de la loi du 22 frimaire an 7; — Considérant que si les héritiers qui ont été appelés à la succession dont il s'agit, par l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, en date du 15 thermidor an 11, n'ont pas obtenu de fait la délivrance de leur part héréditaire, il n'est pas moins vrai qu'ils en ont été saisis de droit, qu'ils en ont acquis la propriété et possession légales, lorsque cet arrêt a été rendu; qu'il est de principe que c'est du moment de cette saisine de droit, sans avoir égard à l'appréhension de fait, que les héritiers sont obligés envers les créanciers de la succession qu'ils recueillent, et par conséquent envers la régie de l'Enregistrement, pour les droits qui lui sont dus; qu'ainsi c'est à dater du 15 thermidor an 13, que les héritiers sont devenus débiteurs du droit réclamé, et par conséquent que c'est dans les six mois à dater de cette époque qu'ils ont été tenus à la déclaration prescrite par l'art. 24 ci-dessus; — Considérant qu'à défaut de déclaration dans ce délai, ils ont encouru l'amende, même en les supposant exempts de fraude, car la contravention à une loi fiscale ne s'excuse pas par l'intention; — Considérant que le premier jugement du 12 nivose an 13 ne prononce rien sur la perception du demi-droit en sus, puisque le dispositif de ce jugement, qui seul fait la loi des parties, se borne à proroger en faveur des héritiers le délai de la déclaration; qu'ainsi, en refusant ce demi-droit sous le prétexte que le jugement du 12 nivose décidait qu'il n'était pas dû, le tribunal de Montpellier a fait, dans son jugement définitif, une fausse application de l'autorité de la chose jugée, et violé les articles ci-dessus cités de la loi du 22 frimaire; — La cour casse et annulle.... »

§. XXXV. 1°. *Lorsque la régie de l'Enregistrement a laissé écouler cinq années après l'ouverture d'une succession dans laquelle se trouvaient des actions immobiliaires, sans exiger ni poursuivre le droit de mutation, peut-elle encore exiger ce droit dans les cinq années subséquentes au jugement qui a accueilli les actions immobiliaires du défunt, et a adjugé aux héritiers les immeubles que ces actions avaient pour objet?*

2°. *L'héritier présomptif qui n'a pas fait sa déclaration au bureau d'Enregistrement dans les six mois du décès, peut-il encore, en renonçant à la succession, se dispenser du paiement du droit?*

I. Le 14 brumaire an 7, décès de Christophe Revel, laissant dans sa succession des effets mobiliers et une action en nullité de la vente qu'il avait faite de ses immeubles le 11 germinal an 6, au profit du sieur Bonjean. — Le 21 nivose an 8, la dame Vivian, son héritière, obtient contre le sieur Bonjean un jugement qui annulle cette vente et la réintègre dans les immeubles illégalement aliénés. — Le 13 frimaire an 12, la régie de l'Enregistrement décerne contre la dame Vivian une contrainte en paiement d'une somme de 2,500 francs, montant du droit de mutation des immeubles dans lesquels elle est rentrée en exécution du jugement du 21 nivose an 8. — La dame Vivian oppose la prescription qui résulte du laps de cinq ans et un mois depuis l'ouverture de la succession. — La régie répond que l'action en nullité de la vente des biens du défunt, n'est devenue un bien réel de la succession, que par l'effet du jugement qui l'a accueillie et couronnée; que jusqu'à ce jugement, l'héritière ne possédait rien, et n'était conséquemment passible d'aucune poursuite pour le droit de mutation. — Par jugement du 30 prairial an 12, le tribunal civil de Chambéry déclare l'action de la régie prescrite, et par suite, annulle la contrainte. — La régie se pourvoit en cassation. — Le 20 frimaire an 14, arrêt, au rapport de M. Brillat-Savarin, par lequel, — « Attendu que le droit de mutation dû pour cause de la succession de Christophe Revel, s'est ouvert à sa mort, arrivée le 14 brumaire an 7; attendu que la régie de l'Enregistrement n'a formé aucune demande relative à ce droit jusqu'au premier frimaire an 12, quoiqu'il en fût dû un, au moins pour le mobilier; attendu que la demande jugée par le tribunal de Chambéry, faisait partie de celui dû par la succession de Christophe Revel, et que n'ayant été formée que plus de cinq ans après la mort de ce dernier, le tribunal de Chambéry n'a point contrevenu à la loi; la cour rejette.... ».

II. En floréal an 8, plus de six mois après la mort de Jacques Vanhollebecke, la régie de l'Enregistrement décerne contre Jean Vanhollebecke, frère et unique héritier de celui-ci, une contrainte en paiement du droit de mutation et d'un demi-droit en sus. — Jean Vanhollebecke forme opposition à cette contrainte, déclare qu'il n'a point fait acte d'héritier, et qu'au besoin, il renonce à la succession. — La régie répond que la loi ne donnant à l'héritier présomptif que six mois pour faire sa déclaration au bureau de l'Enregistrement, l'appelé à la succession doit y renoncer dans ce délai; et que s'il ne le fait pas, il est censé l'avoir acceptée. — Jean Vanhollebecke réplique que la loi du 22 frimaire an 7 suppose héritier celui qu'elle oblige à une déclaration dans les six mois; que son objet n'est de déterminer ni comment s'acquiert ni comment se perd la qualité d'héritier; qu'elle ne dit pas que cette qualité s'acquiert, pour le droit d'Enregistrement, par d'autres voies que pour toute autre fin; qu'elle est censée là-dessus s'en référer au droit commun; et que de droit commun, il n'y a point de terme fatal après lequel l'héritier présomptif soit réputé avoir accepté, faute d'avoir renoncé expressément. — Par jugement du 23 germinal an 9, le tribunal civil de Bruges accueille cette défense et déclare la contrainte nulle. — Et sur le recours en cassation de la régie, arrêt du

Digitized by Google

23 frimaire an 11, au rapport de M. Poriquet, par lequel, « attendu que les art. cités de la loi du 22 frimaire an 7, ne chargent que les *héritiers* de faire leur déclaration des biens à eux échus ou transmis par succession ; — Attendu que l'héritier présomptif, soit en directe, soit en collatérale, qui renonce *rebus integris*, est censé légalement n'avoir jamais été *héritier*, suivant cette règle *n'est héritier qui ne veut* ; — Le tribunal rejette le pourvoi de la régie ».

§. XXXVI. 1°. *Le décès de l'un des époux donne-t-il ouverture, contre le survivant, à un droit proportionnel d'Enregistrement, pour la moitié de l'immeuble qu'ils ont acquis ensemble au profit d'eux et de celui des deux qui survivra à l'autre?*

2°. *La réserve que se font deux époux de l'usufruit d'un domaine dont ils donnent la nue propriété, met-elle, au décès de l'un d'eux, le survivant dans le cas de payer un droit proportionnel d'Enregistrement?*

Ces deux questions n'en forment qu'une; dans la première comme dans la seconde, il s'agit de savoir si le survivant tient la propriété acquise on l'usufruit réservé en commun, par le seul effet des contrats qui ont stipulé cette acquisition et cette réserve, ou bien si le décès de l'un des époux, doit être considéré comme le complément d'une disposition éventuelle, qui opère au profit du survivant la transmission des droits qu'avait l'époux décédé dans la propriété acquise ou dans l'usufruit réservé en commun et par indivis entre eux.

On peut voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 6, page 305, le plaidoyer, par lequel j'ai soutenu la seconde de ces deux opinions, et l'arrêt du 11 germinal an 9, qui, sans la rejeter formellement, a déclaré que le jugement qui l'avait rejetée, n'avait en cela violé aucune loi.

La question s'est représentée depuis; et les principes que j'avais établis le 11 germinal an 9, ont prévalu. Voici les faits.

Par le contrat de mariage de François Caniring et de Jeanne-Marie Calmel, du 30 prairial an 6, Martin Camboulives et Jeanne Assier sa femme, leur font donation entre-vifs du domaine de la Saliège et s'en réservent l'usufruit pendant leur vie. — Jeanne Assier meurt, et son mari survivant ne fournit pas au bureau de l'Enregistrement, dans les six mois de ce décès, la déclaration de l'usufruit dont il conserve la jouissance. — Le receveur de la régie décerne une contrainte à sa charge. — Opposition de la part de Camboulives, sur le fondement que l'usufruit dont il est question, lui est acquis, non par le prédecès de son épouse, mais en vertu de la donation qui lui en a été faite par le contrat de mariage du 30 prairial an 6. L'instance portée devant le tribunal civil de Rhodez, ce tribunal accueille la défense de Camboulives ; — Recours en cassation. — « L'acte du 30 prairial an 6, a dit la régie, subordonnait l'effet de la donation qu'il renferme, à l'événement du décès de l'un des époux : jusqu'à ce décès, la donation était en suspens ; ce n'est donc qu'à la mort de Jeanne Assier, qu'elle s'est fixée au profit de Cambonlives, et que la transmission de l'usufruit qu'elle avait pour objet, s'est effectivement opérée ; dès-lors, ce n'est que depuis ce décès que le droit est devenu exigible. Telle est la conséquence des art. 16 et 69 de la loi du 22 frimaire an 7, qui indiquent comme sujets aux droits, *les transmissions qui s'effectuent par décès*, et non pas les actes par lesquels ces transmissions sont soumises à des événemens suspensifs. — Par arrêt du 3 nivose an 13, au rapport de M. Cochard, « vu l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, et le §. 6, n. 9, de l'art. 69 de la même loi ; — Attendu que la réserve d'usufruit du domaine de la Saliège, stipulée par Martin Camboulives et Jeanne Assier, mari et femme, pendant leur vie, dans le contrat de mariage de François Caniring et de Jeanne-Marie Calmel, du 30 prairial an 6, emportait une donation éventuelle au profit du survivant; raison pour laquelle le droit d'Enregistrement à percevoir en vertu de ladite réserve, était naturellement suspendu jusqu'à l'époque du décès du prémourant; et qu'en déchargeant du paiement dudit droit ledit Martin Camboulives, survivancier de son épouse, le tribunal civil d'arrondissement séant à Rhodez a formellement contrevenu aux articles ci-dessus cités; la cour casse et annulle.... ».

Les mêmes principes ont encore été invoqués avec succès dans l'espèce suivante. Pour la bien entendre, il faut d'abord connaître quelles étaient les dispositions du tit. 2 de la coutume de Luxembourg sur les biens appelés *Vogtey*, expression allemande qui est synonyme de *Fouerie*. Voici ces dispositions.

« *Art.* 3. Les biens de servile condition..... ne se peuvent vendre, aliéner, charger ni partager, sans le gré du seigneur, et n'en ont les détenteurs d'iceux autre disposition, sinon qu'ils peuvent, avec permission et consentement dudit seigneur, marier chez eux un de leurs enfans, soit fils ou fille, qui plus agrée audit seigneur, et le peuvent faire leur successeur desdits biens, appelés communément *vogtey*, à condition que celui qui est ainsi marié, doit nourrir ses père et mère, frères et sœurs (en faisant par eux service selon leur condition), et tenir le ménage comme lesdits père et mère faisaient avant le mariage dudit enfant, et à charge de donner à ses frères et sœurs, en argent, bétail, et autres meubles, telle part et portion qu'à rate desdits meubles sera arbitré par les parens, pour marier iceux frères et sœurs, et les rachapter du seigneur, quand ils veulent être rachaptés avant leur mariage.

» 4. Si les possesseurs de tels biens, ou leurs enfans, présument faire le contraire, il est au pouvoir du seigneur de casser le tout, et les priver desdits biens.

» 5. Et si l'enfant ainsi marié ne se peut accorder avec ses père et mère, il se doit séparer et retirer

Digitized by Google

de ladite *vogtey*, laissant l'administration des biens à sesdits père et mère, leur vie durante, par assistance de tels qu'ils trouveront convenir; et sont en ce cas lesdits père et mère tenus faire suivre audit enfant la part des meubles qui lui a été promise en mariage; et à faute de traite de mariage, un tiers de la totalité des meubles, et outre ce, la part que le conjoint dudit enfant aura apportée en mariage de son chef.

» 6. Néanmoins ladite séparation se fait sans préjudice du droit acquis à tel enfant par ledict mariage, et incontinent après la mort de sesdits père et mère, il y peut rentrer aux charges et conditions avant dictes ».

Nicolas Pesser et Apolline Hamès possédaient la *vouerie* de Pesser. — Le 13 janvier 1778, après en avoir obtenu la permission du seigneur, ils mariérent leur fils Pierre Pesser, pour vivre avec eux et succéder au bien : mais ils se réservèrent *la gouverne et maîtrise du ménage, leur vie durant.* — Pierre Pesser, après avoir vécu pendant quelque temps avec son père et sa mère, s'était retiré de la vouerie. — Le 30 fructidor an 7, est mort Nicolas Pesser. — Aucune déclaration n'ayant été faite dans les six mois suivans, la régie a décerné une contrainte contre Apolline Hamès, tant en son nom privé comme veuve de Nicolas Pesser, qu'au nom de ses enfans. — Apolline Hamès n'a défendu qu'en son nom : elle a dit que son mari n'avait jamais rien possédé que la vouerie de Pesser, laquelle, ainsi que les meubles en dépendans, avaient été donnés par elle et son mari, à Pierre Pesser leur fils, lors de son mariage en 1778; qu'ainsi, la mort de Nicolas Pesser n'avait opéré aucune transmission à son profit. — Le 24 frimaire an 13, jugement du tribunal civil de Luxembourg qui annulle la contrainte, sur le fondement « que, d'après le contrat de mariage de Pierre Pesser fils, la veuve du père n'a pu obtenir l'usufruit de la vouerie, ni un droit quelconque sur les meubles, mais seulement l'administration, sous le nom de *maîtrise*, qui avait été réservée par ledit contrat de mariage ». — Mais, par arrêt du 2 septembre 1806, au rapport de M. Gandon, « vu l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7, qui soumet à un droit proportionnel d'Enregistrement, toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance des biens meubles ou immeubles, soit entre-vifs, soit par décès; considérant que l'avantage fait à Pierre Pesser par son contrat de mariage, ne lui a donné qu'un droit éventuel, subordonné à la condition que lui ou ses enfans survecussent ses père et mère; que la réserve de la *maîtrise* et de la *gouverne du ménage*, faite par les père et mère, était une véritable réserve de l'usufruit; que cet usufruit a été acquis à la défenderesse par la mort de son mari; qu'ainsi, il s'est fait une transmission à son profit; la cour casse et annulle..... »

§. XXXVII. *Dans la coutume de Liége, les enfans dévolutionnaires doivent-ils un droit de mutation par décès pour les biens délaissés par le premier mourant des époux? Le doivent-ils pour les biens délaissés par le survivant des époux mort depuis que la dévolution est abolie?*

V. mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 288.

§. XXXVIII. *A la charge de qui sont les droits d'Enregistrement dus pour une mutation par décès, lorsque, par l'effet des dispositions, soit contractuelles, soit testamentaires, du défunt, la nue propriété passe dans une main et l'usufruit dans une autre?*

Dans ce cas, le droit dû pour l'usufruit doit être acquitté par l'usufruitier; et celui qui est dû pour la propriété, doit l'être par le propriétaire, sans que celui-ci puisse contraindre l'usufruitier à en faire l'avance. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 334.

Mais ces règles n'ont lieu que de l'usufruitier au propriétaire. Car la régie de l'Enregistrement peut s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre, soit pour le droit dû à raison de la propriété, soit pour le droit dû à cause de l'usufruit. C'est ce qui résulte de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7; et c'est ce qu'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 29 germinal an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 240; l'autre dont voici l'espèce :

Dominique-Agathe et Jeanne-Marie Gudin étaient héritiers de leur frère pour la moitié de la nue propriété de ses immeubles. L'usufruit et le restant de tous ses biens étaient dévolus à sa veuve en vertu du contrat de mariage. — Les héritiers poursuivis par la régie en paiement du droit de mutation, à raison de la part de succession qui leur était échue, ont prétendu que la régie n'avait d'action que contre la veuve, attendu qu'elle seule avait la jouissance de la totalité des biens du défunt. — Ils invoquaient la partie de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, qui porte que *la nation aura action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement;* et ils induisaient de ces termes que l'héritier à qui il n'est encore échu qu'une nue propriété, n'est point passible du paiement du droit de mutation, et que l'action en paiement de ce droit n'est ouverte que contre l'usufruitier. — Le 14 nivose an 11, jugement du tribunal civil de Clamecy qui adopte cette défense, et déboute la régie de son action, sauf à elle à se pourvoir contre la veuve. — Mais sur le recours de la régie, arrêt du 27 octobre 1806, au rapport de M. Busschop, par lequel, — « Vu l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant que l'action que la loi donne contre les tiers-détenteurs, n'est point exclusive de celle qu'elle donne contre ceux sur la tête de qui la mutation de propriété s'est opérée;

Digitized by Google

que l'action contre le tiers n'est qu'un pur moyen de sûreté, introduit en faveur du trésor public, dont la régie ne peut pas être contrainte de faire usage quand elle ne le juge pas à propos; d'où il suit que, dans l'espèce, la régie avait action contre les défendeurs, à raison des biens qui leur étaient échus par le décès de leur frère; et qu'en la déboutant de cette action, sous prétexte que la jouissance de ces biens appartenait à un tiers, le jugement dénoncé a violé et faussement appliqué ledit art. 32; par ces motifs, la cour casse et annulle... ».

§. XXXIX. *L'action de la régie de l'Enregistrement sur les revenus des biens transmis par décès, pour le paiement des droits de mutation, s'exerce-t-elle par préférence sur tous les autres créanciers de la succession?*

Les héritiers d'Antoine Leprêtre étant en demeure de satisfaire à une contrainte en paiement du droit de mutation des biens de la succession de ce dernier, le receveur de l'Enregistrement fait saisir, le 17 vendémiaire an 10, les loyers d'une maison dépendante de cette succession, et cite les locataires, ainsi que les héritiers, devant le tribunal civil de Lyon, pour faire condamner ceux-ci au paiement des droits dus, et faire ordonner à ceux-là de verser entre ses mains les sommes saisies. Dans cette instance intervient un créancier de la succession Leprêtre, qui a fait également pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des mêmes locataires: il demande que sa créance soit préférée. — Par jugement du 9 messidor an 10, la préférence est accordée à la régie. — Recours en cassation, sur le fondement qu'il a été fait une fausse application de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7; qu'à la vérité, cet article accorde une action sur les revenus des biens à déclarer, mais que cette action constitue un simple droit et non pas un privilège sur tous les créanciers, privilège qu'on ne trouve exprimé dans aucun article de la loi. La régie répond que ce privilège résulte de l'art. 15, rapproché de l'art. 32 de la loi; qu'en établissant, par le premier de ces articles, le droit sur toute la valeur des biens sans distraction des charges, et par conséquent sans égard pour ces charges, la loi fait de l'action que l'art. 32 accorde sur le revenu des biens à déclarer en quelques mains qu'ils se trouvent, une action essentiellement privilégiée et dont la préférence se conserve même indépendamment de toute inscription hypothécaire, ainsi que l'a décidé le grand-juge par une lettre du 23 nivose an 12. — Arrêt du 9 vendémiaire an 14, au rapport de M. Ruperou, par lequel, « attendu que le rapprochement et la combinaison des art. 15 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7, assurent évidemment le privilège de la régie consacré par le jugement attaqué; — La cour rejette, etc. ..»

§. XL. *Le tiers-acquéreur des biens d'une succession est-il sujet à l'action de la régie de l'Enregistrement pour les droits de mutation par décès, dus par ces biens?*

I. Il n'y est pas sujet, s'il a payé son prix d'après un ordre de collocation que la régie n'a pas fait réformer. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

En nivose an 11, les sieurs Malvielles, Boissier, Dufour et la dame Borel se rendent adjudicataires d'un immeuble dépendant de la succession du sieur Boyer. — Peu de jours après, la régie de l'Enregistrement leur fait signifier un acte par lequel elle leur déclare qu'elle n'a pas encore pu parvenir à se faire payer les droits de mutation ouverts par le décès du sieur Boyer; qu'elle entend exercer son action sur les biens qui viennent de leur être adjugés, sauf à eux à prendre avec les créanciers, dans le procès-verbal d'ordre, telles mesures qu'ils aviseront pour le paiement de ces droits; et qu'elle remettra cette déclaration au greffe pour y demeurer en dépôt pendant les trente jours de l'ouverture du procès-verbal d'ordre, conformément à l'art. 32 de la loi du 11 brumaire an 7, sur les expropriations forcées. — La régie n'effectue pas le dépôt de cet acte au greffe; elle ne fait aucune démarche pour obtenir sa collocation dans l'ordre, et elle ne prend à cet égard aucunes conclusions. — Le procès-verbal d'ordre est clos et homologué, et le prix est absorbé par les créanciers hypothécaires inscrits avant la mort du sieur Boyer. — La régie ne réclame contre aucune de ces opérations, elle n'attaque point le procès-verbal d'ordre, elle n'appelle pas du jugement d'homologation. — Cependant le 22 brumaire an 13, elle décerne contre les adjudicataires une contrainte en paiement d'une somme de 3,458 francs. — Les adjudicataires y forment opposition et soutiennent qu'ayant payé le prix de leurs adjudications d'après un ordre arrêté en justice et dûment homologué, ils ne peuvent plus être inquiétés par la régie; et que si elle croit avoir quelques droits à exercer sur ce prix, elle ne peut s'adresser qu'aux créanciers colloqués. — A la vue de cette défense, la régie met en cause les créanciers hypothécaires qui ont touché le prix de l'immeuble; mais elle n'entre dans aucune discussion avec eux; elle s'attache uniquement aux tiers-acquéreurs, et elle leur oppose l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7. — Jugement du tribunal civil de Marjevols, qui annulle la contrainte, « attendu que la régie ne peut être préférée aux créanciers de l'hoirie, qui avaient un privilège assuré par leurs inscriptions au bureau des hypothèques, long-temps avant le décès de Boyer, et, par conséquent, avant l'existence du droit de mutation ». — La régie dénonce ce jugement à la cour de cassation, comme contraire à l'art. 32 de la loi du 12 frimaire an 7, et au principe consacré par l'arrêt du 9 vendémiaire an 14, rapporté ci-devant §. 39. — Mais par arrêt du 15 avril 1807, rendu après un délibéré continué pendant plusieurs jours, au rapport de M. Gandon, « considérant

Digitized by Google

qu'il résulte de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, que les immeubles dépendans d'une succession ne peuvent, en passant aux mains d'un tiers-acquéreur volontaire ou adjudicataire en justice, être soustraits à l'action de la régie pour le droit de mutation par décès; mais qu'on ne peut méconnaître l'attention des lois à concilier l'intérêt des tiers avec ceux du trésor public; que des adjudicataires en justice, qui ont payé conformément aux bordereaux de collocation délivrés d'après l'homologation d'un procès-verbal d'ordre, sans qu'il y eût appel de la part de la régie, en ce qu'elle n'était pas colloquée, ni opposition à ce que les adjudicataires payassent, au préjudice de sa non collocation, doivent avoir payé en sûreté; d'où il résulte que la demande de la régie contre les défendeurs a pu être écartée sans contravention à l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7; la cour rejette.... »

II. Mais il en serait autrement, si le tiers acquéreur n'avait pas employé, pour purger son immeuble, les formalités prescrites par les lois relatives au régime hypothécaire.

Le 4 ventose an 12, le receveur de l'Enregistrement au bureau de Gand décerne contre Thérèse Gaussens une contrainte en paiement du droit de la mutation opérée par la mort d'Egide Gaussens, son père. — Cette contrainte demeurant sans effet, le vérificateur en décerne une seconde, le 7 ventose an 13, contre le sieur Quesnon, acquéreur d'une maison provenant de la succession d'Egide Gaussens. — Opposition à cette contrainte de la part du sieur Quesnon, et le 20 germinal suivant, jugement du tribunal civil de Gand qui déclare la régie non-recevable, « attendu qu'aux termes de la loi, les droits de succession sont à la charge des *héritiers, donataires ou légataires;* qu'il est bien vrai que la nation a action sur les revenus des biens à déclarer en quelques mains qu'ils se trouvent; mais que ce principe ne déroge pas au premier, et que cela ne doit s'entendre qu'autant que ces revenus appartiendraient auxdits héritiers, donataires ou légataires; que le supposer autrement, ce serait admettre que les biens d'une succession, passés entre les mains des tiers, sont grevés d'une hypothèque *tacite*, ce qui n'est pas, puisqu'aucune loi n'a introduit cette hypothèque, et qu'il n'existe point d'inscription d'office au profit de la régie ». — Mais sur le recours en cassation exercé par la régie contre ce jugement, arrêt du 29 avril 1807, par lequel, — « Considérant que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7 donne à la nation une action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement; d'où il suit que les biens passent nécessairement entre les mains des tiers, grevés des droits d'Enregistrement non encore acquittés, et qu'ils ne peuvent être affranchis de cette charge que par l'accomplissement des formalités prescrites par les lois hypothécaires; que, dans l'espèce, le tribunal de Gand a déchargé l'acquéreur de la contrainte et déclaré la régie non recevable dans son action, sans s'être occupé de vérifier si cet acquéreur avait purgé ou non son acquisition; et qu'il n'a pu juger ainsi, sans contrevenir à l'art. 32 précité de la loi du 22 frimaire an 7; la cour casse et annulle.... ».

§. XLI. — 1°. *La déclaration à laquelle les héritiers sont tenus envers la régie de l'Enregistrement dans les six mois de l'ouverture de la succession, peut-elle être faite par un acte signifié au préposé de la régie?*

2°. *L'héritier pur et simple est-il seul tenu à cette déclaration? L'héritier bénéficiaire en est-il affranchi?*

J'ai rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, page 240, un arrêt de la cour de cassation, du 29 germinal an 11, qui, sur mes conclusions, a décidé ces deux questions négativement. La deuxième question a encore été jugée dans le même sens par trois autres arrêts. Le premier, qui est du 5 nivose an 12, se trouve dans le même *Recueil*, tome 4, page 299. Voici les deux autres:

Le tribunal civil de Confolens avait jugé le 21 germinal an 12, que Pierre et Alexandre Dauphin n'étaient pas tenus, en leur qualité d'héritiers bénéficiaires de Martial Dauphin, leur frère, de faire leur déclaration au bureau de l'Enregistrement ni de payer le droit de mutation. Mais son jugement a été cassé le 21 avril 1806, au rapport de M. Vasse, « attendu que l'héritier bénéficiaire, quelle que soit sa position vis-à-vis des créanciers, différente de celle de l'héritier pur et simple, n'est pas moins investi du titre d'héritier, saisi de la propriété, et tenu d'acquitter les droits de mutation sans distraction des charges; qu'aussi la loi sur l'Enregistrement n'établit-elle à cet égard aucune distinction entre l'héritier pur et simple et l'héritier bénéficiaire ».

Herman Bullot meurt en l'an 9. — Le 1er jour complémentaire de la même année, le sieur Kindt, agissant comme maître des droits de son épouse, et tuteur de sa belle-sœur, fille du défunt, accepte sa succession sous bénéfice d'inventaire. Le 20 frimaire an 11, la régie de l'Enregistrement décerne contre lui une contrainte en paiement des droits auxquels cette succession a donné ouverture. — Opposition de la part du sieur Kindt, motivée sur le fait qu'Herman Bullot est mort en état de déconfiture; que ses enfans, héritiers bénéficiaires, n'administrent que pour l'intérêt des créanciers; qu'ils ne profitent et ne profiteront de rien; qu'ainsi, il ne s'est opéré aucune mutation à leur avantage; et le 4 floréal an 12, jugement du tribunal civil de Bruxelles, qui, adoptant cette défense, annulle la contrainte. — La régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 28 octobre 1806, au rapport de M. Gandon, — « Vu l'art. 4, l'art. 32, et l'art. 15, §. 7, de la loi du 22 frimaire an 7; considérant que, quoique

Digitized by Google

les héritiers bénéficiaires ne soient que simples administrateurs respectivement aux créanciers qui ont droit de leur demander compte de la succession, ils ne sont pas moins héritiers à tout autre égard; que la saisine de la loi s'opère à leur profit comme au profit des héritiers purs et simples; que l'art. 32 de la loi de frimaire an 7 soumet au paiement du droit de mutation tous les héritiers, sans exception en faveur des héritiers bénéficiaires; que l'art. 15 exigeant le paiement du droit sur la valeur des biens sans distraction de charges, rend nulle la considération alléguée que les biens de la succession ne suffisaient pas au paiement des dettes; — La cour casse et annulle... ».

§. XLII. *Les héritiers satisfont-ils, par l'Enregistrement fait dans les six mois de l'ouverture de la succession, du partage effectué entre eux des biens qui la composent, à la loi qui les oblige de faire dans le même délai la déclaration du montant de cette succession?*

Dans l'instance qui a donné lieu à cette question, l'on opposait à la demande du demi-droit en sus formé par la régie de l'Enregistrement, à défaut de déclaration dans les six mois du décès, l'Enregistrement d'un partage fait sous l'empire des lois des 5 décembre 1790 et 9 vendémiaire an 6. La défense des héritiers, accueillie d'abord par le tribunal civil du département de l'Ourthe, a été proscrite par un arrêt de la cour de cassation du 23 prairial an 9, fondé sur les art. 2 et 12 de la loi du 5 décembre 1790. Cet arrêt est rapporté, avec les conclusions que j'ai données sur l'affaire, dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 3, page 244.

§. XLIII. *Les curateurs aux successions vacantes sont-ils tenus, comme les héritiers, à la déclaration et au droit d'Enregistrement?*

Cette question est traitée fort au long dans un plaidoyer qui fait partie de mon *Recueil de Questions de droit*, tome 8, page 659; et l'on y trouve deux arrêts des 18 nivose et 9 prairial an 12 qui la jugent pour l'affirmative.

En voici d'autres qui confirment de plus en plus cette jurisprudence.

Le 12 ventose an 6, Ferdinand Dordolot, décède à Charleroy, laissant pour héritiers Jean et Etienne Dordolot et la femme Cayre, qui renoncent à sa succession. — Emmanuel Clerx est nommé curateur à cette succession vacante. — Le 1er nivose an 9, celui-ci n'ayant pas fait de déclaration dans les six mois du décès, l'administration de l'Enregistrement décerne contre lui une contrainte. — Il y forme opposition, et l'affaire s'engage devant le tribunal civil de Charleroy. — Par jugement du 12 prairial an 11, ce tribunal déboute l'administration de sa demande, sur le fondement que la succession de Ferdinand Dordolot a été répudiée par ses héritiers et qu'elle se trouve vacante. — Mais sur le recours en cassation exercé contre ce jugement, arrêt du 3 nivose an 13, au rapport de M. Boyer, qui, — « Vu les art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant qu'il résulte de ces dispositions de la loi, que le droit d'Enregistrement est ouvert par le décès, puisque l'art. 24 fait courir le délai utile pour faire la déclaration et acquitter le droit, du jour de l'adition de l'hérédité, et que l'art. 39 de la même loi atteint de la peine du demi-droit en sus celui qui n'a pas satisfait dans ce délai à ce qu'exige l'art. 24; — Considérant que le curateur à une succession vacante représente l'hérédité qui est un être moral, et au nom de laquelle il exerce toutes les actions actives et passives dont le défunt a nécessairement été dépouillé par l'événement de son décès; qu'ainsi il y a transmission de propriété du défunt à son héredité; — Considérant enfin que les dettes dont une hérédité est grevée, dettes qui sont presque toujours la cause de la répudiation ou de l'abstention des successions, ne peuvent en faire cesser le droit de mutation, ni en modifier la perception, puisque ce droit est dû sur la valeur brute des biens sans distraction des charges; — Par ces motifs, casse et annulle...»

La succession de Joseph Cabrisse étant demeurée vacante, le sieur Madrid en avait été nommé curateur. Six mois s'étant écoulés depuis l'ouverture de cette succession, sans que le sieur Madrid en eût fait la déclaration et acquitté le droit, une contrainte a été décernée contre lui. Il a formé opposition à cette contrainte; et par jugement du 30 vendémiaire an 11, le tribunal civil de Bruges l'en a déchargé, « attendu que le droit d'Enregistrement n'est dû qu'à raison des mutations; que dans l'espèce, il n'y a pas de mutation; que le curateur à une succession vacante ne représente que la personne du défunt; qu'on ne peut dire qu'il représente les habiles à succéder qui ont renoncé, ni les créanciers qui ne sont, sous aucun rapport, saisis de l'hérédité». — Mais les administrateurs de l'Euregistrement se sont pourvus en cassation; et par arrêt du 17 pluviose an 13, au rapport de M. Gaudon, « Vu les art. 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant que l'instant du décès d'un propriétaire fixe celui de l'ouverture tant de sa succession que du droit d'Enregistrement auquel donne lieu la mutation qui s'opère; que ce droit est dû dans tous les cas de mutation; qu'il est une dette des biens et qu'il doit être acquitté par eux; qu'il doit être payé sans aucune déduction des dettes, et qu'ainsi la qualité des héritiers ni l'état de la succession ne peuvent en suspendre la perception; la cour casse et annulle...»

Jean-Herman Kesseing, curateur à la succession vacante de la demoiselle Bauwens, avait reçu un *avertissement* de payer le droit de mutation opéré par l'ouverture de cette succession; et sans attendre la contrainte, il s'était pourvu au tribunal civil de Bruxelles pour se faire décharger de cette demande. — Le 13 fructidor an 11, jugement conforme à ses conclusions, et motivé sur ce que la demoiselle

Digitized by Google

Bauwens étant morte insolvable, ses biens sont censés avoir directement passé à ses créanciers, qui par-là n'ont rien acquis; et que d'ailleurs la loi du 22 frimaire an 7 ne contient aucune disposition qui frappe du droit de mutation les successions insolvables. — Recours en cassation contre ce jugement; et, le 4 floréal an 13, arrêt par lequel, — « Considérant que l'instant du décès d'un propriétaire fixe celui de l'ouverture, tant de sa succession que du droit d'Enregistrement auquel donne lieu la mutation qui s'opère; qu'il est une dette des biens, et doit être acquitté par eux; qu'il doit être aussi payé sans aucune déduction des dettes; que ces divers points résultent des dispositions des art. 4, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7; — Attendu que le curateur à une succession vacante représente l'hérédité au nom de laquelle il exerce toutes les actions du défunt, qui en a été dépouillé par l'événement de son décès; qu'ainsi il y a transmission de propriété du défunt à son hérédité; — La cour casse et annulle... ».

Emmanuel Caffiéry avait été nommé, par jugement du tribunal civil du département du Nord, curateur à la succession vacante de Pierre-Ambroise Chevalier, décédé en brumaire an 8. — Ce curateur n'ayant point, dans les six mois du décès, fait la déclaration prescrite par la loi, le recevenr des droits d'Enregistrement décerna contre lui, le 12 thermidor an 10, une contrainte pour la somme de 6,000 fr. — Sur l'opposition d'Emmanuel Caffiéry, est intervenu, le 14 pluviose an 11, un jugement du tribunal civil de Dunkerque qui a déclaré la contrainte nulle, « attendu que, d'une part, le décès ne forme pas une transmission de biens, lorsque, comme dans l'espèce, la succession est absorbée par les dettes et n'est appréhendée par aucun; que, d'autre part, le curateur ne tient sa mission ni des héritiers ni des créanciers, mais de la justice qui l'a constitué simple administrateur; que d'ailleurs la loi concernant l'Enregistrement n'a point parlé des curateurs aux successions vacantes, mais seulement des tuteurs ou curateurs des personnes succédant à la propriété à titre d'héritiers, donataires ou légataires; enfin, que la dévolution qui échoit aux créanciers du défunt, n'est que la conservation et le saisissement du gage de créances antérieures ». — Les administrateurs de l'Enregistrement ont attaqué ce jugement devant la cour de cassation; et le 19 thermidor an 11, au rapport de M. Vasse, arrêt qui, — « Vu les dispositions de la loi du 22 frimaire an 7, tit. 1, art. 4; tit. 2, art. 14, n°. 8; tit. 3, art. 24; tit. 4, art. 27; et tit. 6, art. 39; attendu que, par le fait du décès, la transmission s'opère de droit, soit que les successibles acceptent ou répudient la succession; et que le curateur à une succession abandonnée tient la place de l'héritier, et représente l'hérédité; qu'ainsi il n'y a pas moins ouverture au droit de mutation dans les deux cas; attendu que les juges du tribunal de Dunkerque, en déclarant nulle la contrainte décernée le 12 thermidor an 10 contre Emmanuel Caffiéry, curateur à la succession vacante de Pierre-Ambroise Chevalier; ont méconnu le vœu de la loi et ses dispositions, — casse et annulle... ».

Isabeau Laprade décède à Tarbes en l'an 7. Il ne se présente aucun héritier, et la justice nomme le sieur Lagrange curateur à la succession vacante. — Le 11 prairal an 9, contrainte décernée contre lui, en sa qualité, pour le paiement d'une somme de 3,075 fr., due à titre de mutation. — Sur son refus de payer, saisie des fruits des biens de la succession, à la requête de la régie. — Poursuite en expropriation forcée de la part de l'un des créanciers. — Requête de la régie, qui demande à être reçue partie intervenante dans l'instance en expropriation, et à être payée incontinent des droits de mutation, par privilége et préférence à tous les autres créanciers. — Le 25 messidor an 9, jugement du tribunal de Tarbes, qui, sans s'arrêter à l'intervention de la régie, non plus qu'à ses autres fins et conclusions, dont il la déboute, annulle la saisie qu'elle a faite des fruits, et ordonne qu'il sera à l'instant procédé à l'ouverture des enchères, et à l'adjudication définitive des immeubles. — Ce jugement est motivé sur ce que la succession Laprade n'est passée dans la main d'aucun héritier, donataire ou légataire; que sa transmission réelle est encore en *suspens*, puisque le curateur n'a d'autre qualité que celle de séquestre nommé par la justice, pour régir et administrer les biens vacans; et que par conséquent il ne s'est opéré de mutation en aucune manière. — Mais par arrêt du 15 juillet 1806, au rapport de M. Ruperou, « vu l'art. 4 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu que cette disposition de la loi classe *le décès* au nombre *des cas de mutation*; et que par suite, toutes successions indistinctement, soit acceptées, soit répudiées, sont assujetties au droit de mutation, qui est une dette inhérente aux biens; attendu que, dans l'espèce, le tribunal de Tarbes a refusé à la régie l'exercice de ce droit contre le détenteur de la succession dont il s'agit, ce qui est une contravention à l'art. 4 précité de la loi du 22 frimaire an 7; par ces motifs, la cour casse et annulle... »

§. XLIV. *Le défaut d'Enregistrement d'un exploit d'huissier, fait à la requête du ministère public, dans une procédure criminelle ou correctionnelle, emporte-t-il la nullité de cet exploit?*

L'art. 70, §. 1, n. 2, de la loi du 22 frimaire an 7, range dans la classe des actes qui doivent être enregistrés *en débet*, « ceux faits à la requête des commissaires du directoire exécutif (aujourd'hui procureurs impériaux) près les tribunaux ».

Mais de là s'ensuit-il, pour ces actes, une exception à l'art. 34 de la même loi, par lequel « l'exploit ou procès-verbal non enregistré dans le délai (de quatre jours) est déclaré nul »?

La demoiselle M. a soutenu la négative, en se pourvoyant en cassation contre un arrêt de la cour de justice criminelle du département du Nord, qui,

Digitized by Google

en infirmant sur l'appel du procureur général, un jugement du tribunal correctionnel de Cambrai, l'avait condamnée, comme coupable de vol, à six mois d'emprisonnement. Elle soutenait que l'appel du procureur général ne pouvait être censé lui avoir été notifié dans le mois du jugement qui en était l'objet, parceque l'exploit qui en contenait la notification, n'était pas enregistré. — Mais par arrêt du 23 ventose an 13, au rapport de M. Seignette, « attendu que la formalité de l'Enregistrement n'est pas de rigueur dans les actes d'huissier, dans les procédures du grand criminel et de police correctionnelle; que l'huissier, dans l'acte de signification de l'appel du procureur général impérial, s'est dit patenté et huissier près le tribunal de première instance séant à Cambrai; qu'ainsi, cet acte assure la date de la notification de l'appel faite dans le mois; — La cour rejette..... »

§. XLV. *L'amende encourue par un notaire, soit pour n'avoir pas énoncé dans la forme prescrite par la loi, au bas de ses expéditions, l'Enregistrement des minutes, soit pour n'avoir pas inscrit certains actes dans son répertoire, se prescrit-elle par le laps de deux ou de cinq années, ou n'est-elle au contraire passible que de la prescription de trente ans?*

I. Le 14 prairial an 13, un inspecteur de l'Enregistrement dresse contre le notaire Courtois, un procès-verbal constatant trois contraventions à la loi du 22 frimaire an 7, en ce qu'au bas de trois expéditions de contrats de vente qu'il avait reçus, il s'était borné à énoncer les dates et les *folio* de l'Enregistrement des minutes, ainsi que le nom du bureau et du receveur, au lieu de copier littéralement les quittances du receveur, conformément à l'art. 44 de la loi citée. — Traduit devant le tribunal civil de Chambéry, le sieur Courtois oppose la prescription établie par l'art. 61 de la même loi. — Le 5 thermidor an 13, jugement par lequel le tribunal civil de Chambéry décharge le sieur Courtois, attendu qu'aux termes de l'art. 61, n. 1, de la loi du 22 frimaire an 7, il y a prescription pour les droits d'Enregistrement après deux années, à compter du jour de l'Enregistrement, et que, dans l'espèce, plus de cinq années se sont écoulées depuis qu'est née l'action intentée pour contravention à l'art. 44 de la même loi. — Mais sur le recours en cassation de la régie, arrêt du 18 novembre 1806, au rapport de M. Dutocq, qui, « vu l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu que l'amende prononcée par l'art. 44 de la loi du 22 frimaire an 7, contre les notaires et autres, ne peut avoir trait aux prescriptions dont parle l'art. 61 de la même loi, mais bien au droit commun de la prescription de trente ans; qu'ainsi, le tribunal de première instance de Chambéry, en déchargeant Courtois de cette amende encourue d'après ledit art. 44, a fait une fausse application de l'art. 61; casse et annulle..... »

II. Le 15 brumaire an 13, procès-verbal du receveur de l'Enregistrement à Hasparens, duquel il résulte que le sieur Loncongaiu, notaire, n'a point inscrit sur son répertoire ceux trois actes passés devant lui, depuis la publication de la loi du 22 frimaire an 7; en conséquence, contrainte décernée contre lui à fin de paiement d'une somme de 1,133 fr., montant de l'amende qu'il a encourue. — Le sieur Loncongain forme opposition à cette contrainte, et prétend que plusieurs de ces actes étant passés depuis plus de cinq ans, le droit réclamé par la régie est prescrit. — Par jugement du 9 fructidor, le tribunal civil de Bayonne déclare l'amende prescrite. — Mais sur le recours en cassation forme contre ce jugement par la régie, arrêt du 10 décembre 1806, au rapport de M. Vallée, par lequel, — « Vu l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu qu'il est de principe général que les actions ne sont éteintes que par la prescription de trente ans; que les prescriptions d'une moindre durée sont des exceptions que l'on ne peut invoquer qu'autant qu'elles sont établies par un texte précis de la loi; que l'art. 61 ci-dessus cité, qui a établi des prescriptions de deux, de trois et de cinq ans, ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'un droit non perçu sur une disposition particulière d'un acte présenté à l'Enregistrement, d'un supplément de perception insuffisamment faite, d'une fausse évaluation ou omission de biens dans une déclaration, de la restitution d'un droit perçu, ou enfin de succession non déclarée; que cet art. 61 ne parlant pas des poursuites relatives à des amendes encourues, pour défaut d'inscription sur son répertoire d'actes reçus par un notaire, le tribunal de Bayonne a fait, dans l'espèce, une fausse application du même article; la cour casse et annulle..... »

§. XLVI. *Par quel espace de temps se prescrit l'action en paiement du droit dû à raison d'un acte qui n'a pas été présenté à l'Enregistrement?*

Par contrainte du 13 messidor an 9, le sieur Malassaguy est poursuivi en paiement d'une somme de 1,760 fr. pour le droit et le double droit de la mutation opérée sans titre enregistré, d'un domaine acquis par lui des sieurs Grand et Coton, ainsi que la régie le prouve par diverses pièces, et notamment par le rôle de la contribution foncière et par un bail notarié en date du 4 thermidor an 3. — Le sieur Malassaguy se rend opposant à cette contrainte, et dit que le titre de son acquisition a été enregistré en 1792, mais qu'il est dans l'impossibilité de le produire, attendu qu'il a été pillé avec tous ses effets et papiers après le siège de Lyon; que d'ailleurs le bail qu'il a souscrit le 4 thermidor an 3, et dont se prévaut la régie, a donné à la mutation opérée à son profit une date certaine antérieure de plus de cinq ans à la contrainte décernée; et que dès-lors, le droit d'Enregistrement de cette mutation est prescrit d'après l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, qui fixe à cinq années le terme de la plus longue des pres-

Digitized by Google

criptions établies par cette loi. — Par jugement du 22 floréal an 10, le tribunal d'arrondissement de Lyon adopte cette défense; et attendu que, d'après les pièces produites, il est constant que Malassaguy a joui du domaine dont il s'agit depuis le 7 septembre 1793; que depuis ceux de ces actes qui sont enregistrés, et dont la date est certaine, jusqu'au 14 messidor an 9, époque de la contrainte, il s'est écoulé plus de cinq ans; que l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, la seule applicable à l'espèce, en fixant à deux, trois et cinq années le terme des prescriptions pour les droits énoncés dans cette loi, a dû nécessairement comprendre dans ces trois termes tous les droits d'Enregistrement, quelle que soit leur nature; que s'il en était autrement, et que l'on ne pût appliquer une des trois prescriptions ci-dessus aux droits d'Enregistrement sur les mutations, il en résulterait qu'à défaut de loi positive sur ce point, ces droits seraient imprescriptibles, ce qui répugne à la saine raison et aux premières notions de la jurisprudence; qu'enfin, en appliquant à l'espèce la prescription de cinq ans, c'est appliquer la plus longue qu'ait établie la loi; il déclare la contrainte nulle. — Recours en cassation contre ce jugement, pour fausse application de l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, et pour excès de pouvoir. — Par arrêt du 18 mars 1806, au rapport de M. Ruperon, « vu l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7; attendu que les prescriptions de deux, trois et cinq années, établies par cet article, ne sont relatives qu'à certains cas particuliers, au nombre desquels ne se trouve pas celui relatif à la contestation dont s'agit; que ce qui est prescrit par la loi pour un cas, ne peut être étendu à un autre; qu'enfin les lois nouvelles étant mnettes sur la prescription des droits dont est question, ces droits ne peuvent être soumis qu'à la prescription établie par le droit commun pour tous les cas que des lois particulières n'ont pas exceptés; que par conséquent le tribunal d'arrondissement de Lyon, en appliquant au cas de l'affaire présente la prescription de cinq ans établie par l'art. 61 précité, pour les successions non déclarées, a faussement appliqué cet article et commis un excès de pouvoir; la cour casse et annulle.... »

Même décision dans l'espèce suivante. — Il s'agissait d'un droit d'Enregistrement réclamé contre les frères Rovel, pour une mutation de propriété dont le titre était demeuré secret, mais qui était prouvée par des actes de propriété que les nouveaux possesseurs avaient faits. — Par jugement du 22 brumaire an 14, le tribunal civil de Saint-Diez avait déclaré la régie non recevable dans sa demande, sur le fondement que l'action était prescrite, soit d'après l'art. 18 de la loi du 5 décembre 1790, soit d'après l'art. 61 de celle du 22 frimaire an 7. — Mais sur le recours en cassation de la régie, par arrêt du 22 décembre 1806, au rapport de M. Liborel, — « vu les art. 2 et 18 de la loi du 5-19 décembre 1790, les art. 12, 22, 38 et 61 de celle du 22 frimaire an 7, et l'art. 4 de la loi du 22 ventose an 9; — considérant, d'une part, que Joseph Rovel le jeune, Jean-Baptiste et François Rovel, Jean-Baptiste Charpentier et Catherine Rovel, son épouse, ont fait acte de propriété pendant la vie de Marguerite Morin, leur mère, soit en se partageant ses biens, soit en les vendant, et que leurs noms ont été inscrits sur le rôle de l'impôt foncier; — considérant qu'aux termes dudit art. 12 de la loi du 22 frimaire an 7, la mutation d'un immeuble en propriété est suffisamment établie, relativement à la demande des droits d'Enregistrement, soit par des paiemens faits d'après les rôles de la contribution foncière, soit par des baux passés par les nouveaux possesseurs, soit enfin par des transactions et tous autres actes qui constatent leur propriété; — Considérant, d'autre part, qu'il ne s'agit point, dans l'espèce, d'un supplément de droit, mais bien du droit d'une mutation dont le contrat est resté secret; que ce cas n'a été prévu, ni par l'art. 18 de la loi du 5-19 décembre 1790, ni par l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7; et qu'ainsi le droit produit par cette mutation, n'a pu être soumis qu'aux règles de la prescription, ordinaire; — d'où il suit qu'en déclarant les administrateurs de l'Enregistrement et du domaine non recevables dans leur réclamation, sur le motif que leur action aurait été prescrite, le jugement dénoncé a fait une fausse application de la loi, et a violé les art. 2 de la loi du 5-19 décembre 1790, 12, 22 et 38 de celle du 22 frimaire an 7, et 4 de celle du 27 ventose an 9; — la cour casse et annulle..... ».

§. XLVII. *De quelle époque court le délai pour l'Enregistrement d'un procès-verbal de vente d'effets mobiliers? Ne court-il pas du jour de la clôture du procès-verbal même; ou bien court-il, relativement à chacune des vacations qui composent ce procès-verbal, du jour où elle a eu lieu?*

Le 15 floréal an 9, Guillaume André, greffier d'une justice de paix, déclare au bureau d'Enregistrement de son canton, qu'il fera, le 25 du même mois, une vente publique de meubles. — Le 25 du même mois, il commence cette vente, et il ne la finit que le 5 prairial suivant. — Le 21 prairial, il en présente le procès-verbal à l'Enregistrement. — Question de savoir si cette présentation est faite à temps? Nul doute sur l'affirmative pour la vacation du 5 prairial. Mais la régie soutient qu'il y a retard pour les vacations précédentes, et conclut à une amende de 50 fr. par chacune de ces vacations. — Par jugement du 8 prairial an 10, le tribunal civil de Gningamp décharge le sieur André des poursuites de la régie, « attendu qu'ayant fait sa déclaration au bureau, indicative du jour de la vente, y ayant procédé au jour indiqué, l'ayant continuée et close, et l'ayant ensuite présentée à l'Enregistrement dans la quinzaine de la clôture, il n'a point cherché à se soustraire au droit d'Enregistrement; que le droit d'Enregistrement des procès-verbaux de vente étant un droit proportionnel, qui

Digitized by Google

est à percevoir sur le montant des sommes cumulatives du procès-verbal des séances de la vente, c'est seulement lorsque la vente est parachevée et le procès-verbal clos et arrêté, que le droit proportionnel s'établit sur le montant des sommes portées au procès-verbal». — Mais la régie se pourvoit en cassation; et le 13 messidor an 13, arrêt, au rapport de M. Vasse, par lequel, « vu les dispositions des art. 5, 6 et 7 de la loi du 22 pluviose an 7, concernant les ventes mobilières, portant: *Chaque séance de vente sera close et signée par l'officier public et deux témoins domiciliés....; le droit d'Enregistrement sera perçu sur le montant des sommes que contiendra cumulativement le procès-verbal des séances à enregistrer dans le délai prescrit par la loi sur l'Enregistrement.... Les contraventions contre la loi sur l'Enregistrement seront punies par les amendes et restitutions qu'elle prononce;* — vu aussi la loi du 22 frimaire sur l'Enregistrement, dont les art. 20, 29, 34 et 35 fixent les délais dans lesquels les officiers publics doivent acquitter le droit d'Enregistrement, et les amendes pour défaut d'Enregistrement dans le délai.....; — attendu que des expressions contenues aux art. 5 et 6 de la loi du 22 pluviose (*chaque séance de vente sera close et signée.... Le procès-verbal des séances à enregistrer dans le délai...*), il résulte que chaque séance ou vacation d'une vente mobilière, ainsi close et signée, forme un procès-verbal qui est à enregistrer dans le délai du jour de la date de cette séance, ce qui exclut le système de reporter à la dernière vacation le départ du délai fixé pour l'Enregistrement; — Attendu que les juges du tribunal de Guingamp, en adoptant ce système, ont contrevenu aux dispositions de la loi du 22 pluviose an 7, et à ce qui s'observe, en exécution de cette loi, par les notaires, greffiers et huissiers pour les actes de leur ministère; — la cour casse et annulle.... ».

§. XLVIII. *Dans le délai de quatre jours accordé pour l'Enregistrement d'un exploit, le jour de l'échéance est-il compris?*

La cour de cassation a consacré l'affirmative par un arrêt du 23 floréal an 9, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 308.

§. XLIX. 1°. *Un notaire peut-il s'excuser du défaut d'Enregistrement des actes qu'il a reçus, par le prétexte qu'il les aurait présentés au receveur dans le délai de la loi, et que celui-ci aurait refusé de les enregistrer?*

2°. *Un notaire qui a fait des prêts ou avances d'argent à un receveur, peut-il les opposer à la régie en compensation des droits dus pour l'Enregistrement des actes qu'il a présentés à ce receveur pour les faire enregistrer?*

Le 21 germinal an 12, procès-verbal par lequel un vérificateur de l'Enregistrement constate qu'il a trouvé, 1°. chez le sieur Capion, notaire au Vigan, dix actes des années 6, 7, 9, 10 et 11, reçus par cet officier, et non encore enregistrés; 2°. au bureau de Gange, 29 autres actes qui ont été reçus par le même notaire, du 23 au 30 fructidor an 10, et dont aucun n'est revêtu de la formalité de l'Enregistrement. — Poursuivi pour ces contraventions, le sieur Capion expose qu'il a présenté au receveur du Vigan, dans le délai fixé par la loi, tous les actes énoncés dans ce procès-verbal; que ce receveur, transféré d'abord du bureau du Vigan à celui de Gauge, et ensuite condamné comme coupable d'infidélités et de faux dans l'exercice de ses fonctions, a négligé de les enregistrer; que la veille de son départ du Vigan, il lui en a renvoyé plusieurs revêtus de la formalité de l'Enregistrement; mais que parmi ces actes se sont trouvés les dix non enregistrés qui ont été saisis dans son étude; qu'il a fourni au receveur tout l'argent nécessaire pour le paiement des droits; que ce fait est prouvé par les reconnaissances du receveur lui-même qu'il représente, et par des notes qui ont été trouvées sous les scelles de cet agent infidèle. — Par jugement du....., le tribunal civil de Vigan décharge le notaire Capion de l'amende à laquelle la régie conclut contre lui; et ordonne qu'une somme de 639 francs, remise par lui au receveur, sera imputée sur le montant des droits à payer pour l'Enregistrement des 39 actes dont il s'agit. — La régie se pourvoit en cassation contre ce jugement; et par arrêt du 26 mai 1807, au rapport de M. Gaudon, — « Vu les art. 20, 29, 30 et 59 de la loi du 22 frimaire an 7; considérant en droit que les notaires sont tenus de faire donner, dans le délai prescrit, la formalité de l'Enregistrement aux actes qu'ils rapportent, et d'avancer les fonds nécessaires pour cela; que l'omission dû devoir qui leur est imposé, ne peut être excusée en alléguant le refus ou la négligence du receveur, à moins qu'ils ne l'aient fait légalement constater dans le délai utile; que sans cela, il leur est même impossible de justifier qu'ils ont présenté leurs actes à l'Enregistrement dans ce délai; — Considérant en fait que la faute grave de Capion est évidente; qu'on a trouvé dans son étude des actes passés pendant les années 6, 7, 9, 10 et 11, sans Enregistrement; qu'on en a trouvé 29 autres parmi les papiers de Barral, tous datés dans l'intervalle du 23 au 30 fructidor an 10, qui également n'avaient point reçu la formalité; — Considérant encore que les sommes qu'un notaire a pu prêter ou avancer à un receveur d'Enregistrement, ne peuvent être données en paiement ou en compensation des droits dus par ce notaire pour l'Enregistrement des actes qu'il rapporte, sans quoi les recouvremens seraient exposés à mille entraves; — Et enfin que le jugement attaque a dispensé Capion des peines par lui encourues, et en a suspendu le recouvrement, en quoi il a contrevenu aux articles de la loi ci-dessus cités; — La cour casse et annulle..... »

§. L. *Lorsqu'une des parties entre lesquelles a été passé un acte sous seing-privé, en remet un double au receveur de l'Enregistrement, celui-ci*

Digitized by Google

peut-il, pour le paiement du droit, s'adresser à l'autre partie, sans avoir préalablement poursuivi celle qui lui a présenté le billet?

Le 29 vendémiaire an 7, acte sous seing-privé, par lequel Marguerite Faure, autorisée du sieur Ducros, son mari, cède à Magdelcine Burzet, veuve Faure, sa belle-sœur, sa portion afferante dans la succession de Dominique Faure, son père, moyennant la somme de 7,264 francs. Il est dit dans cet acte que « les objets sur lesquels on a traité, ne sont que mobiliers, et que les parties s'obligent d'en passer acte public à la 1re réquisition de l'une d'elles ». Le 4 messidor an 9, le sieur Ducros, comme mari et maître des droits de Marguerite Faure, assigne la veuve Faure, pour voir ordonner la composition de la masse de la succession de Dominique Faure. — Pendant l'instruction du procès auquel cette assignation donne lieu, le sieur Ducros, sans autre intérêt que celui de nuire à la veuve Faure, dénonce au receveur de l'Enregistrement l'acte de 29 vendémiaire an 7, et lui en remet un double.— Le receveur fait constater que la succession de Dominique Faure est en partie composée d'immeubles; et partant de là pour dire que l'acte du 29 vendémiaire an 9 aurait dû, aux termes de l'art. 22 de la loi du 22 frimaire suivant, être enregistré dans les trois mois de sa date, il décerne contre la veuve Faure une contrainte en paiement d'une somme de 500 francs 20 centimes. — La veuve Faure forme opposition à cette contrainte. « Le recevenr, dit-elle, n'a pas le droit de choisir l'une ou l'autre des parties signataires d'un acte pour le paiement des droits; il ne peut les demander qu'à la partie qui lui présente l'acte soumis à l'Enregistrement. Or, dans l'espèce, c'est Ducros qui a présenté l'acte; il est donc seul tenu d'acquitter les droits ». — La régie répond qu'il lui est libre de s'adresser à l'une comme à l'autre partie; que d'ailleurs, dans l'espèce, les droits sont dus spécialement par la veuve Faure, et que cela résulte de l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an 7, lequel veut que *les droits des actes emportant obligation, libération ou translation de propriété ou d'usufruit de meubles ou immeubles, soient supportés par les débiteurs ou nouveaux possesseurs.* — La veuve Faure réplique qu'elle ne peut être considérée comme nouveau possesseur des droits successifs qui lui ont été cedés, attendu que postérieurement à cette cession, il a été formé par Ducros une demande en partage, et que la propriété on possession de ces droits ne sera fixée que par le jugement qui terminera l'instance. — Le 14 thermidor an 10, jugement du tribunal civil de Privas, qui accueillant ces défenses, déboute la régie de sa demande, sauf à se pourvoir, si bon lui semble, contre celui qui a présenté l'acte. — La régie se pourvoit en cassation; mais par arrêt du 15 nivose an 11, an rapport de M. Génevois, — « Considérant que le tribunal de Privas, en accueillant par son jugement du 14 thermidor an 10, l'opposition formée par la veuve Faure à la contrainte décernée contre elle par le receveur de l'Enregistrement, n'a point contrevenu à la loi, mais qu'il en a fait au contraire une juste application; — Considérant que, dans l'espèce, la veuve Faure avait fait avec les mariés Ducros un acte sous seing-privé, dans lequel il était dit que les objets sur lesquels les parties venaient de traiter, *n'étaient que mobiliers;* que Ducros l'une des parties, ayant présenté cet acte à l'Enregistrement, le receveur prétendit qu'il contenait, malgré la clause contraire, une transmission d'immeubles en faveur de la veuve Faure; qu'en conséquence, il décerna une contrainte contre cette dernière, tant pour le droit principal que pour le double droit, attendu que l'acte n'avait pas été soumis à l'Enregistrement dans le délai fixé par la loi; que la veuve Faure forma opposition à cette contrainte, fondée sur ce que l'obligation d'acquitter les droits regardait uniquement celui qui avait présenté l'acte à l'Enregistrement; qu'ainsi le receveur avait dû et devait se faire payer par Ducros, qui voulant faire usage de l'acte, l'avait fait enregistrer; et qu'il ne lui était pas permis de laisser de côté son vrai débiteur, le débiteur indiqué par la loi, pour s'adresser à celle des parties qui n'avait fait aucun usage de l'acte sous seingprivé; — Considerant que dans cette position, la question à décider interessait bien moins l'administration de l'Enregistrement que les parties signataires de l'acte, puisqu'il s'agissait uniquement de savoir laquelle de ces parties devait acquitter les droits qui n'étaient pas contestés; — Considérant que, sur ce point, la loi du 22 frimaire an 7 avait tracé d'une manière bien précise, et l'obligation des parties contractantes, et le devoir du receveur; — Que cette loi établit, sons le tit. 5, une distinction qu'il importe de bien saisir, entre ceux qui doivent *acquitter* les droits d'Enregistrement et ceux qui doivent *les supporter;* — Que par les dispositions de l'art. 29, les droits des actes quelconques doivent être exigés par le recevenr de ceux qui présentent ces actes à l'Enregistrement, sans considérer s'ils doivent *les supporter;* — Qu'ainsi, d'après cet art. 29, les notaires sont obligés *d'acquitter* les droits pour les actes passés devant eux, les huissiers pour leurs exploits ou procès-verbaux, les greffiers pour les jugemens, actes de procédures, etc., quoiqu'il soit incontestable que ces droits ne sont à la charge ni des notaires, ni des huissiers, ni des greffiers, qui n'en *supportent* rien en définitive, mais qui doivent les *acquitter* par cela seul qu'ils présentent l'acte à l'Enregistrement; — Que cette règle générale comprend les actes sous seingprivé, tout comme les actes publics : *les droits seront acquittés*, dispose encore le même art. 29, *par les parties, pour les actes sous signature privée qu'elles auront à faire enregistrer;* — Que cette règle est ensuite confirmée par la disposition de l'art. 31, où le législateur n'ayant plus à s'occuper de la perception des droits, mais seulement de

Digitized by Google

l'intérêt privé des parties contractantes, décide *« que les droits seront supportés par les débiteurs et nouveaux possesseurs;* qu'ici l'on voit en effet qu'il ne s'agit plus *d'acquitter* les droits, mais seulement de les *supporter*, c'est-à-dire que celui qui sera reconnu débiteur ou nouveau possesseur, sera obligé de rembourser les sommes payées par celui qui aura présenté l'acte à l'Enregistrement; — que tel est donc l'ordre clairement établi par la loi : Les droits d'Enregistrement des actes sous seing-privé seront *acquittés* par ceux qui les feront enregistrer; ils seront *supportés* par ceux qui seront reconnus débiteurs ou nouveaux possesseurs; — Considerant que cet ordre de choses ne pourrait être violé sans blesser en même temps les intérêts de la république et la justice qui est due aux parties contractantes : on conçoit que la perception des droits serait rallentie, entravée par des difficultés sans nombre, si le receveur, lorsqu'on lui présente un acte à enregistrer, était obligé, avant d'exiger les droits, de s'enquérir quelle est celle des parties qui est débiteur, ou nouveau possesseur; et que d'un autre côté, il serait extrêmement dangereux de confier à un receveur le droit de régler arbitrairement les qualités et les obligations respectives des parties contractantes, lorsque la loi a prononcé entre elles d'une manière claire et positive; — Par ces motifs, le tribunal rejette.... ».

§. LI. — 1°. *Mais si, dans le cas prévu au §. précédent, il s'agissait d'une mutation par vente dont il existât une preuve indépendante du billet remis par le vendeur pendant l'instance entre la régie et l'acquéreur, et qu'il ne fût plus question que de déterminer la quotité du droit proportionnel, pourrait-on, en condamnant l'acquéreur à payer le montant de la contrainte, renvoyer la régie à se pourvoir contre le vendeur pour le supplément que la production du billet prouverait être dû?*

2°. *Le pourrait-on notamment, si l'acquéreur méconnaissait sa signature apposée au billet?*

Le 4e jour complémentaire an 11, une contrainte est décernée contre le sieur Blanche, en paiement d'une somme de 600 francs pour les droits présumés de la vente d'un immeuble dont la régie avait trouvé l'énonciation dans un procès-verbal de non conciliation du 2 germinal précédent. — Pendant l'instance formée sur l'opposition à cette contrainte, le vendeur remet au préposé de la régie le double d'un acte sous seing-privé du 17 fructidor an 10, par lequel il a effectivement vendu cet immeuble au sieur Blanche. — La régie produit cet acte et conclut à un supplément de droits. — Le sieur Blanche, qui jusqu'alors avait nié la vente, n'en persiste pas moins dans sa dénégation : et méconnaissant formellement sa signature apposée à cet acte, soutient que si, pour raison de cet acte, il est dû des droits, la régie ne peut les exiger que du vendeur de qui elle le tient. — Le 28 frimaire an 13, jugement du tribunal civil de Coutances, qui, attendu que la mutation est suffisamment justifiée par les aveux consignés dans le procès-verbal de non conciliation, ordonne que la contrainte sera exécutée; mais, attendu aussi que l'acte sous seing-privé du 17 fructidor an 10 n'a pas été produit par le sieur Blanche, et que celui-ci le méconnaît, le décharge de la demande en supplément, sauf à la régie à se pourvoir contre le vendeur. — La régie se pourvoit en cassation; et par arrêt du 30 juin 1806, au rapport de M. Chasle, — « Vu l'art. 15, n°. 6, de la loi du 22 frimaire an 7; vu encore les art. 1323 et 1324 du Code civil; — Attendu que le tribunal de Coutances a reconnu qu'il était constant en fait et en droit que l'administration avait suffisamment justifié la mutation à raison de laquelle elle avait décerné sa contrainte aux fins de paiement provisoire d'une somme de 600 francs pour les droits présumés dus; que d'après le fait et le principe ainsi reconnus, il ne restait plus qu'à déterminer définitivement quelle était la quotité des droits qui pouvaient être dus pour raison de cette mutation, conformément à la loi de frimaire, article précité; — Que les bases nécessaires pour faire cette fixation, existaient dans l'acte sous seing-privé du 17 fructidor an 10, qui était produit par la régie au soutien de sa demande incidente, qui n'était que le complément de celle principale; — Attendu que la méconnaissance faite par Blanche dudit acte du 17 fructidor an 10, qui lui était opposé comme étant son propre ouvrage, ne pouvait pas autoriser le tribunal de Coutances à mettre cet acte de côté et à renvoyer l'administration à se pourvoir ainsi qu'elle aviserait; qu'il était au contraire du devoir des juges, d'après les dispositions du Code civil, conforme en ce point aux anciennes ordonnances, et sur la méconnaissance faite par ledit Blanche, d'ordonner la vérification dudit acte; — D'où il suit que le jugement attaqué est en opposition avec les lois précitées; — La cour casse et annulle... ».

§. LII. *Les tribunaux correctionnels peuvent-ils, en déclarant nuls des procès-verbaux de gardes champêtres ou forestiers, faute d'Enregistrement dans le délai fixé par la loi du 22 frimaire an 7, prononcer contre ces gardes les amendes auxquelles cette loi veut qu'ils soient condamnés?*

Bonnaure, garde champêtre, avait constaté différens délits par des procès-verbaux qu'il n'avait pas fait enregistrer. — Les délinquans traduits au tribunal correctionnel de Prades, les procès-verbaux ont été annullés, à défaut d'Enregistrement. Mais le tribunal ne s'est point borné là; appliquant à Bonnaure, qui n'était pas même en cause, la disposition de l'art. 34 de la loi du 22 frimaire an 7, il l'a condamné à une amende de

Digitized by Google

25 francs par chaque procès-verbal non enregistré. — Bonnaure a appelé de ce jugement, mais sans succès : par arrêt du 18 brumaire an 12, la cour de justice criminelle du département des Pyrénées orientales a déclaré qu'il avait été bien jugé. — Bonnaure s'est pourvu en cassation ; et le 4 ventôse an 12, au rapport de M. Seignette, arrêt qui, — » Vu l'art. 456 du Code des délits et des peines, et l'art. 65 de la loi sur l'Enregistrement, du 22 frimaire an 7; — Et attendu que le tribunal de première instance de Prades, jugeant correctionnellement, et le tribunal criminel des Pyrénées orientales, étaient incompétens pour connaître de la contravention dont François Bonnaure pourrait être coupable, en omettant de faire enregistrer différens procès-verbaux par lui dressés, en sa qualité de garde champêtre; que ces tribunaux devaient se borner à statuer sur la validité ou l'invalidité des procès-verbaux ; qu'il y a eu, par conséquent, de la part de l'un et de l'autre tribunal, usurpation de pouvoir ; casse et annulle...»

§. LIII. *Est-ce devant le juge domiciliaire des redevables, ou devant celui de la situation du bureau où doit se faire la perception, que doivent être portées les contestations relatives au droit d'Enregistrement?*

Le receveur de l'Enregistrement à Marseille décerne contre la dame Duc, domiciliée à Tarascon, une contrainte en paiement d'une somme de 209 fr. — La dame Duc forme à cette contrainte une opposition qu'elle porte devant le tribunal civil de l'arrondissement de Tarascon. — Le receveur décline ce tribunal et demande son renvoi devant celui de Marseille. — Le 4 fructidor an 12, jugement qui rejette le déclinatoire. — La régie de l'Enregistrement se pourvoit en réglement de juges; et par arrêt du 25 floréal an 13, au rapport de M. Borel, — « Vu l'art. 64 de la loi du 22 frimaire an 7; et attendu que les principes qui règlent la compétence en matière d'actions personnelles, ne régissent point les actions intentées au nom des administrations publiques pour le paiement des contributions; que notamment en matière d'Enregistrement, les receveurs ou préposés de la régie ne peuvent être entraînés, pour l'exercice de leurs poursuites, dans d'autres tribunaux que ceux des lieux où leur bureau est établi; que l'art. 64 sus-énoncé contient une dérogation formelle à la règle *actor sequitur forum rei*, en obligeant le contribuable opposant à la contrainte, à élire domicile dans la commune où siége le tribunal du lieu où le bureau est établi; que ces principes ont été constamment appliqués par plusieurs arrêts de la cour de cassation, et qu'ils ont été au contraire violés par le jugement du tribunal de Tarascon du 4 fructidor an 12 ;—La cour, statuant sur la demande des administrateurs des domaines et de l'Enregistrement en réglement de juges, sans avoir égard au jugement du tribunal de Tarascon du 4 fructidor an 12, lequel est déclaré nul et comme non avenu, renvoie les parties devant le tribunal de l'arrondissement de Marseille ».

La veuve Bâton, domiciliée à Meulan, département de Seine-et-Oise, avait obtenu deux jugemens au tribunal civil du département de la Seine, contre deux débiteurs de la communauté qui avait existé entre elle et son mari. Ces jugemens n'ayant pas été enregistrés sur les minutes, une contrainte fut décernée contre la veuve Bâton par un receveur de l'Enregistrement à Paris, et fut visée par le juge de paix du onzième arrondissement de la même ville. — La veuve Bâton y forma opposition, et la cause fut portée devant la sixième section du tribunal civil de la Seine, où la veuve Bâton, sans opposer d'exception déclinatoire, soutint ne pas devoir les droits d'Enregistrement dont il s'agissait, parceque depuis l'obtention des jugemens pour raison desquels ils étaient réclamés, elle avait renoncé à la communauté. La régie répondit à ce moyen; mais le tribunal civil de la Seine, au lieu de juger le fond, se déclara d'office incompétent, sous prétexte que la veuve Bâton n'était pas domiciliée dans son ressort; et par jugement du 3 messidor an 13, il renvoya les parties à se pourvoir là et ainsi qu'elles aviseraient. — La régie s'est pourvue en cassation contre ce jugement; et le 30 décembre 1806, arrêt au rapport de M. d'Outrepont, qui, — « Vu l'art. 2 du titre 14 de la loi du 11 septembre 1790 et l'art. 64 de la loi du 22 frimaire an 7; — Attendu que, selon ces dispositions, le tribunal de première instance du ressort où les droits d'Enregistrement doivent se percevoir, est le seul compétent pour prononcer sur l'opposition à la perception de ces droits, quel que soit le domicile du redevable; — Attendu que le droit d'Enregistrement sur les jugemens doit être incontestablement perçu dans le lieu où siége le tribunal qui les a prononcés; d'où il suit que dans l'espèce, le tribunal de première instance du département de la Seine était seul compétent pour prononcer sur l'opposition de la veuve Bâton, quoique domiciliée à Meulan, département de Seine-et-Oise ; — Attendu d'ailleurs que la veuve Bâton n'avait pas décliné la juridiction du tribunal de la Seine, qui était compétent *ratione materiæ*, selon l'art. 2 du titre 14 de la loi du 11 septembre 1790; et que dès-lors, ce tribunal ne pouvait refuser de juger l'affaire que les deux parties soumettaient à sa décision ; — Casse et annulle ».

§. LIV. *Le juge peut-il ordonner d'office l'Enregistrement d'une pièce produite par une partie, et de laquelle l'autre prétend tirer avantage?*

Des contestations s'étant élevées entre la société des actionnaires de la mine de charbons, dite *la Boule*, située près de Mons, département de Jemmappes, et le sieur Malot, négociant à Reims, l'un de ses membres, des arbitres sont nommés de part et d'autre pour les juger.

Le 6 fructidor an 9, les arbitres rendent une sentence par laquelle ils fixent la créance du sieur

Digitized by Google

Malot sur la société à 9,071 francs, et celle de la société sur le sieur Malot à 9,780 francs; en conséquence, ils condamnent le sieur Malot à payer à la société la somme de 709 francs. Par une autre disposition, ils déclarent la société non-recevable quant à présent dans ses conclusions ultérieures contre le sieur Malot, sauf à elle à faire rentrer dans la caisse sociale ce qui reste dû des anciennes mises de fonds, pour être employé au paiement des dettes communes.

Le 9 vendémiaire an 10, le sieur Malot dresse en son domicile à Reims un état de situation de l'actif de la compagnie, « à l'effet de recouvrer toutes les sommes qui pourraient être dues par les différens débiteurs, pour le recouvrement d'icelles être appliqué au paiement des dettes de la compagnie, en exécution du jugement intervenu le 6 fructidor an 9 contre le sieur Malot; ledit état par lui représenté sous la réserve de tous ses droits et actions contre la compagnie relativement audit jugement et aux contestations qui pourraient intervenir sur la liquidation desdits débiteurs, n'entendant ledit Malot l'entraver en contestant sur ledit recouvrement ». — Par l'un des articles de cet état le sieur Malot se reconnaît débiteur envers la société de 709 francs que la sentence arbitrale le condamne à lui payer.

Le 21 nivose suivant, le sieur Daubresse, ancien commis de la société, présente aux régisseurs de la société même, un état copié sur celui dont on vient de voir l'intitulé, et il le leur présente au nom du sieur Malot; mais sans faire mention des réserves que celui-ci y avait faites.

Le 5 pluviose de la même année, le sieur Malot se pourvoit devant la cour d'appel de Bruxelles, en requête civile contre le jugement arbitral du 6 fructidor an 9; et il allègue, à l'appui de ce recours, que les arbitres ont prononcé sur des chefs qui n'avaient été demandés par aucune des parties.

La société soutient que la requête civile est non-recevable, notamment à raison de l'acquiescement donné par le sieur Malot au jugement du 6 fructidor an 9, acquiescement qu'elle fait résulter de différentes pièces, qui tontes, dit-elle, caractérisent de la part du sieur Malot des démarches tendantes à l'exécution de ce jugement.

Le 23 thermidor an 11, arrêt qui admet la société à la preuve des faits d'acquiescement articulés par elle, sauf au sieur Malot la preuve contraire. — A l'audience du 6 frimaire an 12, la société produit les pièces dont elle s'était prévalue à celle du 25 thermidor an 11; et le sieur Malot, de son côté, pour écarter l'induction que l'on tirait contre lui de la présentation faite le 21 nivose an 10 aux régisseurs de la société, de l'état qu'il avait dressé à Reims le 9 vendémiaire précédent, produit la minute de cet état signée de lui, et contenant dans son intitulé les réserves ci-dessus transcrites. La société argumente, au contraire, de cette minute, et en tire la conséquence que c'est de l'aveu et par l'ordre du sieur Malot, que l'état a été présenté aux régisseurs le 21 nivose an 10.

Ces différentes pièces n'étant pas enregistrées, la cour d'appel, par arrêt du même jour, ordonne aux parties de les mettre en règle sur ce point, et continue l'audience au 5 nivose suivant.

Le 5 nivose, la société représente ses pièces dûment enregistrées; mais le sieur Malot reproduit la sienne sans Enregistrement.

Par arrêt du même jour, la cour d'appel ordonne qu'à la diligence du greffier, la pièce produite par le sieur Malot, sera enregistrée, *pour ce, fait, le jugement être prononcé à l'audience de demain.*

Et le lendemain, cette formalité remplie, arrêt définitif qui, — « Attendu que le demandeur en reqnête civile a formé un état de situation de l'actif de la compagnie, à l'effet de reconvrer, ainsi qu'il s'y exprime, toutes les sommes qui pourraient être dues par les différens débiteurs, pour le recouvrement d'icelles être appliqué au paiement des dettes de la société, en exécution du jugement intervenu le 6 fructidor an 9, contre le sieur Malot; pièce dont les deux parties plaidantes ont fait emploi; que cet état qui porte la date du 9 vendémiaire an 10, contient en toutes lettres : *compte de Malot : aux termes du jugement, il doit 709 francs*; ce qui exprime un acquiescement formel audit jugement; — Attendu que le demandeur, loin d'avoir manifesté l'intention de vouloir rester entier de se ponrvoir contre ledit jugement, dit, au contraire, en tête dudit état, qu'il a été présenté par lui *sous la réserve de tous ses droits et actions contre la compagnie relativement audit jugement, et aux contestations qui pourraient intervenir sur la liquidation desdites dettes, n'entendant pas ledit Malot l'entraver en contestant ledit recouvrement;* ce qui montre plutôt un assentiment audit jugement, en tant qu'il proteste ne vouloir l'entraver en contestant sur le recouvrement des sommes qui ponrraient être dues par les différens debiteurs; — Que les pièces produites par les défendeurs en requête civile sous les lettres A, B, C, D et E, manifestent également l'acquiescement an jugement arbitral, sans qu'on voie, avant la reqnête civile, quelque part, une intention contraire; — Attendu que le demandeur ayant acquiescé an jugement des arbitres, ne peut ensuite, dans le cas dont il s'agit, former la demande en requête civile sur des moyens puisés dans ce jugement même, parcequ'un acquiescement porte avec lui une renonciation aux moyens que donne la loi de se pourvoir contre le jugement, et donne à la partie un droit acquis; — Déboute la partie de Truffart (le sieur Malot) de sa requête civile... »

Le sieur Malot se ponrvoit en cassation contre cet arrêt. — Violation de l'art. 27 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, en ce que le procureur général n'a pas été entendu avant le jugement définitif; — Excès de pouvoir, en ce que la cour d'appel a ordonné d'office l'Enregistrement d'une pièce dont elle ne ponvait, d'après le défaut de cette formalité, qu'ordonner le rejet pur et simple; —

Digitized by Google

Fausse application des principes concernant l'acquiescement formel aux jugemens susceptibles d'être attaqués. — Tels sont ses moyens de cassation.

« Sur le premier (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes), il y a deux choses à examiner, le fait et le droit.

» Et d'abord, dans le fait, est-il prouvé que le ministère public n'a pas été entendu lors de l'arrêt dont il s'agit? Cet arrêt n'en fait pas mention; et, en thèse générale, son seul silence sur ce point équivaut à une preuve positive de la non audition du ministère public. La cour l'a ainsi jugé par plusieurs arrêts. — Mais ici il est à remarquer, 1°. que le ministère public avait été entendu à l'audience du 23 thermidor an 11, avant l'arrêt interlocutoire qui a appointé les parties à faire preuve; 2°. que la cause a été ensuite plaidée contradictoirement le 6 frimaire an 12 et le 5 nivose suivant; 3°. que c'est à la dernière de ces audiences que le procureur général a dû donner ses conclusions; qu'en effet, la cause avait été, à cette audience même, tellement mise en état d'être jugée, qu'il ne restait plus aux juges qu'à prononcer; qu'aussi se sont-ils contentés, en ordonnant d'office l'Enregistrement de la pièce produite par le sieur Malot, de renvoyer au lendemain pour la prononciation du jugement; que dès-là, le demandeur ne pourrait prouver la non audition du ministère public, que par la production de l'arrêt du 5 nivose; et que ne produisant pas cet arrêt, il nous autorise lui-même à présumer que le ministère public a été entendu le jour même où il a dû l'être, c'est-à-dire, la veille de la prononciation de l'arrêt définitif; — 4°. Qu'il importe peu que le procureur général n'ait pas assisté à cette prononciation; que sa présence n'y était pas nécessaire, comme elle ne l'est jamais à la prononciation d'un jugement rendu sur un délibéré qui a été ordonné après avoir entendu ses conclusions.

» Dans le droit, l'art. 27 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, porte, à la vérité, que « toutes requêtes civiles, tant principales qu'incidentes, seront communiquées aux avocats et procureurs généraux, et portées à l'audience, sans qu'elles puissent être appointées, sinon en plaidant, ou du consentement commun des parties ». — Mais il y a là-dessus deux observations à faire.

» 1°. Cet article ne porte point la peine de nullité, et vous savez qu'aux termes de l'art. 3 de la loi du 27 novembre 1790, et de l'art. 3 de la loi du 4 germinal an 2, la cour ne peut casser les jugemens pour violation des formes déterminées par les lois antérieures à 1789, *que lorsqu'il s'agit de formes prescrites sous peine de nullité*. Il importe donc peu que par un arrêt du 23 septembre 1668, cité dans les notes de Jousse, le conseil ait cassé un arrêt intervenu sur une requête civile sans conclusions du ministère public: cet arrêt, rendu dans un temps où les règles de la cassation étaient à peu près arbitraires, ne peut pas prévaloir aujourd'hui sur les dispositions précises de deux lois nouvelles.

» 2°. Non seulement l'article dont il s'agit, ne porte point la peine de nullité, mais par ces mots, *seront communiquées aux avocats et procureurs généraux*, il fait clairement entendre que sa disposition est limitée aux requêtes civiles qui se plaident dans les cours supérieures, et qui tendent à faire retracter des arrêts émanés de ces cours mêmes. Sa disposition n'est donc pas applicable aux requêtes civiles obtenues contre des jugemens présidiaux; et l'on sent bien qu'à plus forte raison elle ne doit pas l'être aux requêtes civiles obtenues contre des sentences arbitrales rendues en dernier ressort. Le législateur a dû mettre un très grand intérêt à ce qu'on ne rétractât pas indiscrètement les arrêts des cours supérieures; et c'est ce qui l'a déterminé à exiger que sur les requêtes civiles obtenues contre ces arrêts, le ministère public fût toujours entendu. Mais il n'a pas dû s'intéresser également au maintien des jugemens présidiaux, encore moins à celui des sentences arbitrales. De là, son silence sur les uns et les autres dans l'article invoqué par le demandeur. De là, par conséquent, inapplicabilité de cet article à l'espèce actuelle.

» Ainsi, d'une part, il n'était pas nécessaire que le ministère public fût entendu à la suite des plaidoiries sur lesquelles est intervenu l'arrêt attaqué; de l'autre, il n'est pas prouvé que le ministère public n'a pas été entendu à la suite de ces plaidoiries: le premier moyen de cassation du demandeur est donc, dans le droit comme dans le fait, destitué de fondement.

» Le second moyen n'a pas été mieux réfléchi. Sans doute, dans les cas ordinaires, lorsqu'à l'appui de sa demande on de sa défense, une partie produit une pièce non enregistrée, les juges doivent se borner à la rejeter du procès. Mais lorsque cette pièce est devenue commune aux deux parties par la production que l'une en a faite et par les inductions que l'autre en a tirées, que doivent faire les juges? La rejeter du procès, ce serait ôter à la partie adverse de celle qui l'a produite, le droit qu'elle a acquis de s'en servir; et certainement ils n'ont pas ce pouvoir. Il faut donc bien alors qu'ils ordonnent d'office l'Enregistrement de cette pièce; et comme ils ne peuvent ni forcer la partie qui l'a produite, à la faire enregistrer, ni ordonner qu'elle sera confiée à la partie adverse pour la faire enregistrer elle-même, la raison veut nécessairement qu'ils fassent ce qu'a fait la cour d'appel de Bruxelles, c'est-à-dire, qu'ils chargent leur greffier d'en faire faire l'Enregistrement.

» Quant au troisième moyen, celui que le demandeur fait résulter de ce que la cour d'appel de Bruxelles a envisagé comme acquiescement à la sentence arbitrale, la représentation faite aux régisseurs de la société, d'un *état de situation* qui contenait des réserves contre cette sentence, il faut convenir que si cet état de situation était la seule pièce qui eût motivé la fin de non recevoir embrassée par cette cour, il serait difficile de justifier l'arrêt attaqué.

Digitized by Google

» Mais l'arrêt attaqué énonce en toutes lettres, qu'indépendamment de cet état de situation, la société a produit quatre pièces *qui manifestent l'acquiescement* du sieur Malot *au jugement arbitral, sans qu'on voie, avant la requête civile, quelque part, une intention contraire.* Or, le demandeur à qui ces pièces ont été communiquées, ne les met pas sous vos yeux; il vous réduit donc lui-même à l'impuissance de juger si c'est à tort ou avec raison, que la cour d'appel a tiré de ces pièces les inductions qu'il censure; et dès-là, nous sommes fondés à croire qu'il ne cherche qu'à vous surprendre un arrêt d'admission, à l'aide duquel il puisse en imposer à ses adversaires et les amener à des sacrifices pour éviter la chance d'une discussion contradictoire devant la section civile. — Avertis par l'expérience, et forcés par notre devoir de nous tenir en garde contre de pareilles ruses, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur et de le condamner à l'amende ».

Arrêt du 6 thermidor an 13, au rapport de M. Chasle, qui, — « Attendu qu'en supposant que le ministère public ait dû être entendu dans la cause, il n'est pas justifié qu'il n'ait pas été entendu; qu'il résulte de l'arrêt définitif du 6 nivose, que les plaidoiries avaient été terminées la veille, et qu'il ne restait plus aux juges qu'à prononcer le jugement définitif le lendemain; que la preuve de l'audition ou de l'inaudition du ministère public ne pouvait se trouver que dans l'arrêt du 5 nivose, portant continuation de la cause au lendemain pour prononcer, et que cet arrêt n'est pas produit; — Attendu que les pièces produites dans une instance, deviennent communes à toutes les parties; que le demandeur s'étant refusé à faire enregistrer l'état on compte qu'il avait produit, quoiqu'il eût été ainsi ordonné, les juges n'ont pas eu d'autre parti à prendre que de charger le greffier de faire faire cet Enregistrement, parceque, d'un côté, ils ne pouvaient pas ordonner la remise de cette pièce à la partie adverse à qui elle n'appartenait pas; et que, de l'autre, en la remettant au demandeur, il aurait pu, d'après son premier refus, ne pas la faire enregistrer, et même ne pas la reproduire, ce qui aurait privé l'adversaire du droit qui lui avait été acquis par sa production; — Attendu que les juges ont été déterminés à considérer que la sentence arbitrale avait acquis l'autorité de la chose jugée, non seulement par l'état, compte ou bordereau que le demandeur avait produit, mais encore par quatre autres pièces produites par l'adversaire, dans lesquelles pièces ils ont reconnu un acquiescement formel à ladite senteuce; que les quatre dernières pièces n'étant pas représentées à la cour, elle ne peut juger s'il en résultait ou non un acquiescement; d'où il suit que le moyen de prétendue violation de l'ordonnance de 1667, sur les acquiescemens, n'est pas suffisamment justifié; — Par ces motifs, rejette le pourvoi. ..... »

§. LV. *Les jugemens rendus sur des pièces non enregistrées, sont-ils nuls de ce chef?*

Ils l'étaient incontestablement sous l'empire de la loi du 5 décembre 1790. L'art. 11 de cette loi portait: « Les actes sous signature privée.... seront enregistrés.... Toute poursuite ou signification faite au préjudice de cette disposition, sera nulle; les juges n'y auront aucun égard, *et ne pourront rendre aucun jugement avant que ces actes aient été enregistrés....* » — On sait que ces mots *ne pourront*, emportent de plein droit la peine de nullité. *V. Nullité*, §. 1.

Par exploit du 10 brumaire an 5, Antoine-Balthazar Villeneuve, forme contre Alexandre-Gaspard Villeneuve une demande en supplément de légitime; et la cause portée à l'audience, il produit une transaction sous seing-privé, du 1er juillet 1748, qui justifie cette demande. — Le 28 ventose an 6, jugement du tribunal civil du département du Var, qui, d'après la transaction produite, prononce en faveur d'Antoine-Balthazar Villeneuve. — Alexandre-Gaspard Villeneuve appelle de ce jugement. — Le 16 germinal an 7, jugement du tribunal civil du département des Alpes-Maritimes, qui, sur le fondement du même acte, déclare qu'il a été bien juge. — Recours en cassation de la part d'Alexandre-Gaspard Villeneuve, qui, pour la première fois, invoque le défaut d'Enregistrement de la transaction. — Par arrêt du 1er pluviose an 10, au rapport de M. Cochard, et sur les conclusions de M. Arnaud, le recours est rejeté, attendu que le demandeur n'ayant pas excipe devant le tribunal des Alpes-Maritimes, du non-Enregistrement de l'acte sous seing-privé du 1er juillet 1748, est, par cela seul, non recevable, d'après l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2, à en tirer un moyen de cassation. Mais, « faisant droit sur les réquisitions du substitut du commissaire du gouvernement, vu l'art 11 de la loi du 5-19 décembre 1790, et attendu que le tribunal d'appel, en n'annullant pas le jugement rendu par le tribunal de première instance, sur le mérite de ladite transaction sous seing-privé du 1er juillet 1748, qui avait été produite pardevant lui, quoique non revêtue de la formalité de l'Enregistrement, s'est rendu propre la contravention commise par ledit jugement; et qu'il a contrevenu lui-même à l'art. 11 de la loi ci-dessus citée; par ces motifs, le tribunal casse et annulle, dans l'intérêt de la loi seulement, ledit jugement rendu par ledit tribunal d'appel; reserve à la régie nationale de l'Enregistrement, tous ses droits et actions tendant au recouvrement de ceux dus à raison de ladite transaction sous seing-privé, pour les exercer et faire valoir ainsi et contre qui elle jugera convenir ».

On ne pourrait plus juger de même aujourd'hui. — D'un côté, la loi du 22 frimaire an 7 porte simplement, art. 47, qu'il « est défendu aux juges et arbitres de rendre aucun jugement, et aux administrations centrales et municipales de prendre

Digitized by Google

aucun arrêté, en faveur de particuliers, sur des actes non enregistrés, *à peine d'être personnellement responsable des droits* »; ce qui suppose, d'après les principes établis sous le mot *nullité*, §. 1, que le défaut d'Enregistrement des actes sur lesquels est rendu un jugement ou pris un arrêté, ne vicie ni l'arrêté ni le jugement. — D'un autre côté, l'art. 1030 du Code de procédure civile veut expressément *qu'aucun exploit ou acte de procédure ne puisse être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi.* — Enfin, la question vient d'être décidée dans ce sens, par un arrêt de la cour de cassation. *V. Inscription de faux*, §. 5.

§. LVI. *Peut-on, en condamnant la régie de l'Enregistrement à restituer un droit indûment perçu, la condamner aux intérêts de ce droit, à compter du jour de la demande?*

Le tribunal civil de Montpellier avait condamné la régie, sur la demande du sieur Nogarède, à restituer à celui-ci, et le droit contre la perception duquel il réclamait, et les intérêts de la somme à laquelle s'élevait ce droit, à compter du jour où il s'était pourvu en restitution. — Mais par arrêt du 2 floréal an 13, au rapport de M. Lasaudade, « considérant qu'aucun impôt direct ou indirect ne peut éprouver aucune extension ni retranchement qu'en vertu d'une loi expresse; qu'aucune loi de la matière n'autorise les percepteurs en aucun cas à exiger des intérêts moratoires; et que, dans l'usage, la régie n'a jamais demandé ni exigé aucuns intérêts; que la loi qui autorise le pourvoi en restitution des droits indûment perçus, n'alloue dans aucun cas les intérêts des sommes à restituer; qu'ainsi, en adjugeant ces intérêts, le tribunal de Montpellier a commis un excès de pouvoir et usurpé le pouvoir législatif; la cour casse et annulle..... »

§. LVII. 1°. *En matière d'Enregistrement, la voie de l'opposition est-elle ouverte contre les jugemens rendus contre les parties qui n'ont pas produit leurs pièces?*

2°. *L'instance qui n'est pas jugée dans les trois mois du jour où elle a été introduite, est-elle, par cela seul, périmée et éteinte?*

En brumaire an 13, une contrainte est décernée contre la veuve Portzanpart, en paiement d'une somme de 4,026 francs, pour droits de mutation. — La veuve Portzanpart y forme opposition, et soutient que l'action de la régie est prescrite. — Le 12 germinal an 13, jugement du tribunal civil de Saint-Brieux, qui, sur la seule production de la veuve Portzanpart, déclare le droit prescrit, et annulle la contrainte. — La régie forme opposition à ce jugement. — Le 9 fructidor an 13, second jugement qui déclare la régie non-recevable dans son opposition, 1°. parce qu'aux termes de l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an 7, les jugemens rendus en matière d'Enregistrement, sont sans appel et ne peuvent être attaqués que par recours en cassation; 2°. parce que, suivant le même article, toutes les instances en matière d'Enregistrement, doivent être jugées dans les trois mois. — Ce jugement est dénoncé par la régie à la cour de cassation; et le 4 mars 1807, arrêt, au rapport de M. Chasle, qui, — « Vu l'art. 65 de la loi du 22 frimaire an 7, et l'art. 3 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667; — Attendu qu'en prescrivant qu'en matière d'Enregistrement, les affaires seront jugées, au plus tard, dans les trois mois de leur introduction, la loi de frimaire an 7 n'a eu pour objet que d'accélérer la décision des affaires de cette espèce; que cette disposition est purement réglementaire, et que la loi n'a admis aucune peine de déchéance, dans le cas où les affaires se prolongeraient au-delà de ce terme, qui conséquemment n'est pas d'une rigueur absolue; — Attendu que, par la dernière disposition qui n'admet que la voie de cassation contre les jugemens, le législateur n'a voulu que fixer un seul degré de juridiction pour ces sortes d'affaires; mais qu'il n'a pas interdit la voie d'opposition contre les jugemens rendus par défaut; et qu'il n'y aurait qu'une disposition formelle et expresse qui eût pu déroger au droit commun à cet égard, et à l'ordonnance de 1667, disposition qui n'existe pas dans la loi de frimaire; — Attendu qu'il est constant, en fait, que le jugement du 12 germinal an 13 avait été rendu par défaut de la régie; qu'elle n'avait ni comparu, ni répondu aux défenses de son adversaire, ni fait aucune production; que son opposition, formée à ce jugement dans la huitaine de la signification, était recevable; et qu'en refusant de l'admettre et de statuer sur le fond de la contestation, sous les prétextes, soit que le jugement du 12 germinal ne pouvait être attaqué que par voie de cassation, soit que le délai de trois mois fixé par la loi, était expiré, le tribunal de Saint-Brieux a fait une fausse interprétation de la loi du 22 frimaire an 7, et qu'il a contrevenu aux dispositions de l'ordonnance de 1667; — la cour casse et annulle... »

§. LVIII. *Les dispositions de la loi du 22 frimaire an 7, concernant la forme de procéder dans les affaires d'Enregistrement, sont-elles abrogées par l'art. 1041 du Code de procédure civile?*

Un avis du conseil d'état du 12 mai 1807, approuvé par l'Empereur le 1er juin suivant, décide que non. — « Le conseil d'état (porte-t-il), après avoir entendu la section de législation sur un rapport fait à sa majesté par le grand-juge, ministre de la justice, ayant pour objet la question de savoir si l'art. 1041 du Code de procédure civile, portant abrogation de toutes lois, usages et réglemens antérieurs relatifs à la procédure, doit faire cesser la forme de procéder qui a été précédemment réglée concernant la régie de l'Enregistrement et des domaines; — Vu ledit art. 1041 du Code de procé-

Digitized by Google

dure civile ; — Est d'avis que l'abrogation prononcée par cet article, ne s'applique point aux lois et règlemens concernant la forme de procéder relativement à la régie des domaines et de l'Enregistrement. — Le nouveau Code de procédure sera désormais la loi commune. Ainsi, les lois et règlemens généraux qui étaient en vigueur dans les diverses contrées dont l'empire français se compose, ont été et ont dû être abrogés. Mais dans les affaires qui intéressent le gouvernement, il a toujours été regardé comme nécessaire de s'écarter de la loi commune par des lois spéciales, soit en simplifiant la procédure, soit en preservant des formes différentes. Or, on ne trouve dans le nouveau Code aucune disposition qui puisse suppléer ou remplacer ces réglemens spéciaux ; il y aurait cependant même nécessité de les rétablir et de leur rendre la force de loi, si on pouvait supposer qu'ils l'eussent perdue. Mais il ne peut y avoir de doute, parceque l'abrogation prononcée par l'art. 1041, n'a eu pour objet que de déclarer qu'il n'y aurait désormais qu'une seule loi commune pour la procédure, et que l'on n'a entendu porter aucune atteinte aux formes de procéder, soit dans les affaires de la régie de l'Enregistrement et des domaines, soit en toute autre matière pour laquelle il aurait été fait, par une loi spéciale, exception aux lois générales ».

§. LIX. *L'extrait du bureau de l'Enregistrement qui constate qu'un exploit a été enregistré, peut-il tenir lieu de l'exploit même et faire foi de l'existence ainsi que de la régularité de cet acte ?*

V. le Plaidoyer du 8 prairial an 13, rapporté à l'article *Emphytéose*, §. 2.]]

* ENSAISINEMENT. C'est un acte par lequel le seigneur censier met en possession l'acquéreur d'un héritage, et le reconnaît pour son nouveau tenancier.

Quoique l'Ensaisinement ne soit qu'une mise en possession civile et fictive, il était néanmoins autrefois considéré comme une mise en possession réelle et de fait; on du moins on doit entendre par là qu'il était nécessaire pour autoriser le vendeur à se dessaisir, et l'acquéreur à prendre possession.

On était obligé de prendre du seigneur l'Ensaisinement, du temps que les *coutumes notoires du châtelet* furent rédigées, c'est-à-dire, depuis l'an 1300 jusqu'en 1387. Suivant l'art. 72 de ces coutumes, aucun ne pouvait être propriétaire, s'il n'était ensaisiné réellement et de fait par le seigneur ou par ses gens. Cet article exceptait néanmoins le bail à cens, parceque ce bail etant fait par le seigneur même, investit suffisamment le preneur, sans qu'il soit besoin de prendre autre saisine.

Mais dans la suite, l'obligation de se faire ensaisiner tomba en désuétude. (V. *Nantissement.*) Ainsi, dans les coutumes qui n'ont aucune disposition à ce sujet, l'acquéreur est réputé mis en possession civile par le seul effet des clauses du contrat, au moyen duquel le vendeur se dessaisit au profit de l'acquéreur, et ce dernier n'a pas besoin d'autre titre pour prendre possession réelle et de fait; il peut pareillement disposer de l'héritage, et le revendre, quoiqu'il n'ait point fait ensaisiner son contrat.

Il est néanmoins avantageux à l'acquereur de faire ensaisiner son contrat, parceque l'année du retrait lignager ne court que du jour de l'Ensaisinement, à défaut duquel ce retrait peut être exercé pendant trente années. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 17 février 1605.

L'Ensaisinement se met en marge du contrat, et se donne sous seing-privé. Il peut être donné par le fermier ou receveur du seigneur, ou autre ayant charge. Toute la formalité consiste en ces mots : *Ensaisiné l'acquéreur au présent contrat, etc.*

Il y a une autre espèce d'*Ensaisinement* qui concerne les actes d'aliénation des biens domaniaux. Cet Ensaisinement est une formalité qu'on a introduite pour conserver les directes et mouvances du roi par la connaissance des mutations qui arrivent du chef des détenteurs des biens tenus de ces directes, et pour parvenir au renouvellement des terriers.

Suivant l'art. 5 de l'édit du mois de décembre 1701, et l'arrêt du conseil du 7 août 1703, tous les contrats de vente, échanges, adjudications par déeret, licitations et autres actes translatifs de propriété des terres et héritages tenus en fief ou en roture, tant des domaines qui sont dans la main du roi, que de ceux qui sont engagés, doivent être ensaisinés par les administrateurs des domaines. (M. Guyot.) *

[[L'abolition du régime féodal, prononcée par les lois du 4 août 1789, a rendu sans objet l'une et l'autre espèce d'Ensaisinement.]]

* ENSEIGNE. C'est le tableau, la figure ou autre chose que l'on attache à la maison d'un marchand, d'un artisan, d'un cabaretier, pour la désigner.

Une ordonnance du bureau des finances de la généralité de Paris, du 17 décembre 1761, a ordonné que toutes les Enseignes seraient appliquées sur les murs de face des maisons, tant dans les rues de la ville et des faubourgs de Paris, que le long des piliers des halles et marchés, quai de Gêvres, Charniers des Innocens et autres lieux couverts, servant de voies et passages publics; et que toutes les figures en relief, formant massif et servant d'Enseignes, seraient supprimées. — [[V. le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, art. 605, n. 3.]]

Un marchand ni un cabaretier ne peuvent pas prendre pour Enseigne la même figure que celle qui se trouve dans une autre Enseigne établie antérieurement dans la même rue, si c'est dans une grande ville, ou dans la même ville ou bourg. C'est ce que le parlement de Paris a jugé par arrêt rendu

Digitized by Google

le 12 août 1648 entre les nommés Greland et Aumont, marchands épiciers à Paris, rue de la Harpe. V. *Bouchon.* (M. GUYOT.) *

* ENTÉRINEMENT. C'est un jugement qui rend une chose entière, la confirme, l'approuve et en ordonne l'exécution.

L'Entérinement est d'un usage très fréquent dans la procédure. La plupart des lettres qui s'expédient en chancellerie, sont soumises à cette formalité. L'Entérinement seul procure aux parties l'effet de la grace que le prince leur a accordée. Dans le nombre des lettres de chancellerie qui sont sujettes à l'Entérinement, on doit sur-tout placer les lettres de grace, les lettres d'émancipation, celles de bénéfice d'inventaire, celles de rescision, celles de requête civile, etc. — [[L'usage de ces lettres est aboli. V. *Chancellerie.*]]

Ou doit aussi faire entériner les procès-verbaux des experts; sans cette formalité, ils ne font point la loi des parties; mais lorsqu'ils ont été entérinés contradictoirement, les faits qu'ils renferment passent pour certains, et ne peuvent plus être contestés.

Les juges, en entérinant les procès-verbaux des experts, ont le droit d'en admettre toutes les clauses, on de les modifier, ou enfin d'en rejeter ce qu'ils veulent. (M. DESESSARTS.) *

[[V. *Expert*, et le Code de procédure civile, art. 323.]]

* ENTERREMENT. V. *Cimetière* et *Sépulture.*

* ENTERRÉ VIF. Criminel condamné à être enfoui en terre et à y perdre la vie.

Une chronique de Louis XI nous apprend qu'en 1460, la nommée Perette Maugé fut condamnée à ce geure de supplice par un arrêt confirmatif d'une sentence rendue contre elle par le prévôt de Paris, pour avoir commis plusieurs larcins et recelés. Lors de la prononciation de son arrêt, elle déclara qu'elle était grosse: on la fit visiter par *ventrières et matrones;* et sur le rapport de ces femmes, que c'était une fausse allégation, elle fut Enterrée toute vive devant le gibet de Paris, qu'on appelait le *gibet de Montigny.*

Ce genre de supplice est encore en usage en Allemagne, à l'égard des femmes qui font mourir leurs enfans, comme le porte le chap. 131 de l'ordonnance caroline; mais il y a très long-temps qu'il n'en est plus question en France (M. DAREAU).*

* ENTIERCEMENT. Terme de coutume, qui se dit de l'action par laquelle on saisit et l'on met en mains tierces une chose mobilière.

L'art. 454 de la coutume d'Orléans dit que la chose mobilière étant vue à l'œil, c'est-à-dire, reconnue dans un marché, foire ou place publique, peut être *entiercée*, sauf le droit d'autrui; c'est-à-dire que, sans qu'il soit besoin de permission de justice, elle peut être enlevée et mise en main tierce.

Ce droit de suite s'exerce ordinairement par ceux auxquels on a volé ou détourné quelque meuble, comme un cheval qu'on aurait détourné d'une métairie, et que l'on retrouve exposé en vente dans un marché ou foire publique. *V. Saisie-revendication* (M. GUYOT).*

ENTRAVESTISSEMENT ou RAVESTISSEMENT. Terme employé par plusieurs coutumes des Pays-Bas, pour désigner, ou un avantage auquel elles donuent lieu entre deux époux, sans le concours de leur volonté, ou une donation universelle et réciproque qu'elles leur permettent de se faire.

Il y a, comme on le voit par cette définition, deux sortes d'Entravestissemeus, l'un *de sang*, l'autre *par lettres.*— Le premier a lieu de plein droit entre deux époux qui ont donné le jour à un ou plusieurs enfans. — Le second est un acte par lequel des époux privés de la consolation d'avoir des enfans, donneut à celui des deux qui survivra l'autre, les biens dont chaque coutume permet de disposer par cette voie.

Nous donnerons d'abord un précis des règles particulières à l'Entravestissement de saug; nous parlerons ensuite de l'Entravestissement par lettres; et dans le détail auquel nous serons obligés de nous livrer pour en faire conpaître toutes les règles et tous les rapports, nous aurons occasion de traiter plusieurs questions communes à l'une et à l'autre espèce d'Entravestissement. — [[Enfin nous indiquerons les changemens que les lois nouvelles ont apportés, sur cette matière, aux dispositions des coutumes.]]

SECTION I. *De l'Entravestissement de sang.*

Cette matière nous présente deux questions à traiter. Quand l'Entravestissement de sang a-t-il lieu? C'est la première. Quels sont les effets qu'il produit? C'est la seconde. — Nous parlerons des charges qu'il entraîne, en même temps que de celles qui sont propres à l'Entravestissement par lettres.

§. I. *Cas où l'Entravestissement de sang a lieu.*

Nous avons déjà dit que l'Entravestissement de sang a lieu de plein droit entre deux époux qui ont donné le jour à un ou plusieurs enfans.—La coutume de la ville d'Arras, art. 8, exige pour cela que les conjoints soieut en communauté de biens, et qu'ils aient été domiciliés dans son ressort au temps de la célébration de leur mariage.—Telle est aussi la disposition expresse de celles de la cité d'Arras, art. 6; de Bapaume, art. 20; du pays de Laleu, art. 22. — Les coutumes de Lille, tit. 5, art. 17, et de Seclin, art. 2, demandent seulement qu'ils soient respectivement bourgeois de ces deux villes. — On examinera dans le §. 2, si la qualité de bourgeois forain suffit pour satisfaire à cette condition.— L'art. 1 de la coutume de la ville et échevinage de Béthune ne donne lieu à ce ravestissement qu'entre *conjoints par mariage demeurans en icelle ville, qui ont eu enfans nés et procréés de leurdit mariage.*— Nous ferons voir ci-après que ces sortes de dispositions ne doivent pas être étendues aux coutumes muettes, et qu'il peut intervenir un ravestis-

Digitized by Google

rement, soit de sang, soit par lettres, entre deux conjoints non domiciliés dans la coutume de la situation des biens qui en sont l'objet.

La coutume de Cambrésis dit que *ravestissement de sang a lieu seulement au premier et noble mariage:* ce sont les termes de l'art. 1 du tit. 10; et cette disposition est adoptée par l'art. 9 de la coutume du chef-lieu de Valenciennes.

De là naît la question de savoir ce qu'on doit entendre en cette matière par *premier mariage.* Le sentiment le plus probable est que l'on ne doit regarder comme tel que celui dont il est né des enfans; de sorte qu'un mariage antérieur qu'auraitcontracté un des conjoints, mais dont il ne resterait aucun enfant, n'empêcherait pas le ravestissement d'avoir lieu dans un second mariage qui serait distingué du premier par la fécondité des époux. La raison en est que la restriction de cet avantage aux premières nôces, n'a été introduite que pour l'intérêt des enfans que l'un des conjoints pourrait avoir eus d'un mariage précédent. — Aussi la coutume de Lille ne dit-elle pas simplement que le ravestissement de sang n'a point lieu dans un second mariage, mais seulement qu'il *n'a lieu quand il y a enfant, de quel côté que ce soit, d'autre mariage.* — La coutume de Valenciennes elle-même fait assez entendre que tel est son esprit, puisqu'à l'art. 80 elle explique le mot *premier mariage,* par ceux-ci: *ou autre reputé tel dont y a enfant.* — Il est vrai que, dans cet article, il n'est pas question de l'Entravestissement de sang; mais il en résulte toujours que l'esprit de la coutume est, lorsqu'il s'agit de l'intérêt des enfans, de compter pour rien un premier mariage dont il n'y a point de postérité. — Aussi voyons-nous dans un commentaire manuscrit sur la coutume de Valenciennes, que, le 28 juillet 1738, les anciens avocats de cette ville, consultés sur la question de savoir si l'Entravestissement de sang a lieu au profit du survivant de deux conjoints qui ont eu des enfans, mais dont le prédécédé avait contracté antérieurement un mariage d'où il n'était point provenu de génération, ont opiné unanimement en faveur de l'affirmative, en ajoutant même que telle était la tradition constante de leurs prédécesseurs.

Pour que le ravestissement de sang ait lieu, faut-il que les enfans, de l'existence desquels il dépend, soient vivans au jour du décès du premier mourant des époux? Les coutumes ne s'accordent guère sur cette question.

Celles d'Arras, art. 8; de la cité d'Arras, art. 6; de Bapaume, art. 20; du pays de Laleu, art. 22, portent en termes exprès, que cet avantage a lieu *quand il y a ou il y a eu enfans vivans issus de mariage;* c'est-à-dire, soit que les enfans soient morts ou en vie lors de la dissolution du lieu qui unissait leur père et leur mère. — L'art. 9 de la coutume de Valenciennes donne également ouverture au ravestissement en faveur du *survivant de deux conjoints en premier mariage, duquel ils aient ou aient eu enfant vivant.*

On trouve une disposition toute différente dans la coutume de Cambresis: l'art. 3 du tit. 10 porte que « le ravestissement de sang dure tant et si longuement qu'il y a enfans vivans dudit premier et noble mariage, et non plus avant ». Si, aux termes de ce texte, la mort des enfans met fin au ravestissement, lorsqu'elle arrive après que la dissolution du mariage a donné ouverture à ce droit, à plus forte raison doit-elle y faire obstacle lorsqu'elle arrive avant qu'il soit ouvert, c'est-à-dire avant le décès du premier mourant des conjoints.

La coutume de Douai ne s'explique pas bien clairement sur cet objet. L'art. 4 du chap. premier déclare que *deux conjoints par mariage entravestissent l'un l'autre de sang, QUAND IL Y A EU enfans dudit mariage.* L'art. 17 du tit. 5 de celle de Lille porte également qu'il y aurait ouverture au ravestissement de sang, *si deux conjoints par mariage, bourgeois de ladite ville, avaient eu enfans durant ledit mariage.* Ce tour de phrase, qu'on retrouve encore dans l'art. 2 de la coutume de Seclin, et dans l'art. 4 de celle de Pont-à-Wendin, semble signifier qu'il faut que l'enfant soit mort pour que l'avantage dont il s'agit, puisse avoir lieu: car c'est dans ce sens que les mots *aient eu enfant* sont employés dans les coutumes particulières d'Artois, que l'on a citées plus haut. — Nous ne pensons pas néanmoins que cette interprétation puisse être admise ici: que les mots *aient ou aient eu enfant* signifient, dans les coutumes d'Artois, la même chose que ceux-ci, *aient des enfans vivans ou morts,* c'est ce qui résulte nécessairement de la liaison du prétérit avec le présent dans une même phrase. Mais que dans les coutumes de Lille, de Douai, de Seclin, etc., les seuls mots *avoir eu un enfant* signifient autre chose qu'avoir donné l'être à un enfant, c'est ce que nous ne saurions nous persuader. Il est bien plus naturel de supposer que l'esprit de ces coutumes est d'exiger que l'enfant soit encore vivant lors du décès du premier mourant des époux. Nous entendons dire tous les jours, Cette femme a eu beaucoup d'enfans; et cela ne signifie pas que ces enfans sont morts, mais simplement qu'elle leur a donné le jour. Et ce qui prouve que les coutumes dont nous parlons ne doivent pas être interprétées autrement, c'est, 1°. que, suivant l'art. 23 du tit. 1 de celle de Lille, si l'un des deux conjoints meurt *sans délaisser enfant,* le survivant n'a que la moitié des meubles, quoiqu'il en dût avoir la totalité si le ravestissement de sang avait lieu par la seule naissance d'un enfant qui n'aurait pas survécu le prédécédé des conjoints. En second lieu, c'est que l'on est, à Lille, dans un usage constant de se ravestir par lettres, lorsque les enfans meurent avant l'un des conjoints; formalité qui non seulement serait inutile, mais même nulle, si les mots *avaient eu enfant* renfermaient le sens qu'ils semblent présenter à la première vue; car, pour qu'un ravestissement par lettres soit valable, il faut, aux termes de l'art. 14 du tit. 5, que les conjoints *n'aient eu enfant l'un de l'autre;* et ce-

Digitized by Google

pendant il est hors de doute qu'un ravestissement par lettres, fait entre deux conjoints qui ont perdu leurs enfans, est valable. C'est le sentiment de Deghewiet en ses *Institutions au droit belgique*, et il l'appuie sur le texte exprès des coutumes de la Bassée, art. 13, et de Seclin, art. 3; et d'une sentence des maieur et echevins de Lille, rendue en 1551, après avoir pris l'avis des avocats et procureurs du siège. Enfin, une troisième preuve resulte de ce que l'art. 4 de la coutume de Pont-à-Wedin, après avoir rendu le survivant *de deux conjoints par mariage, ayant d'icelui eu un ou plusieurs enfans*, propriétaire de tous les biens du predecédé, lui impose *la charge, s'il se remarie, de faire partage de la moitié à ses enfans ou enfant*: preuve que les mots *ayant eu enfans* ne doivent pas s'entendre d'enfans morts avant le predécédé des conjoints.

Je dois pourtant convenir qu'à Douai l'usage a interpreté autrement ces expressions. Du moins j'ai vu juger, il y a quelques années, au siège échevinal de cette ville, que la mort de l'enfant arrivée avant celle de son père et de sa mère, n'empêchait pas qu'il n'y eût ouverture à l'Entravestissement de sang en faveur de ceux-ci. La contestation était entre Pierre-Joseph Massy et Pierre-Joseph Chevalier. — Il y eut appel de cette senteuce au siège de la gouvernance, et là on mit en fait que l'enfant dont il était question était mort lorsqu'il avait été tiré du sein de sa mère. — Les officiers de la gouvernance pensèrent, comme l'avaient fait les échevins, que le predécés de l'enfant ne faisait pas obstacle au droit d'Entravestissement; mais ils eurent devoir admettre la preuve du fait articulé par l'appelant, que cet enfant était mort avant de naître. — Je ne trouve pas la date de ces jugemens, mais je suis sûr qu'ils existent. J'ai même sous les yeux l'extrait du juge qui a été rapporteur de l'affaire à la gouvernance.

Lorsqu'il n'y a pas eu d'enfant pendant le mariage, mais que la femme se trouve enceinte au moment de la dissolution qui s'en opère par la mort du mari, y a-t-il lieu à l'Entravestissement de sang?

Cette question, qui n'en devrait pas être une, a été élevée il y a un siècle dans la commune de Valenciennes; et, comme on le devine bien d'après la maxime, *non videtur sine liberis dececisse qui prægnantem reliquit uxorem* (1), l'affirmative a été adoptée par un arrêt du parlement de Flandre, du 15 septembre 1682, rendu en faveur de Marie-Anne Lahaye, femme de Jacques-Dominique Fournier, contre Nicolas Clars. — Cet arrêt est rapporté dans un commentaire manuscrit sur la coutume de Valenciennes, que j'ai entre les mains.

§. II. *Effets de l'Entravestissement de sang.*

Les effets du ravestissement de sang sont determinés différemment par chaque coutume.

(1) L. 20, D. *ad senatus-consultum trebellianum*. L. 18, D. *quando dies legatorum*. L. 153, D. *de verborum significatione*.

Celle de Cambresis porte, tit. 10, art. 2, que ce droit « est de tel effet, que quand un des conjoints décède délaissant enfant ou enfans procrées audit mariage, le survivant doit jouir, à l'encontre desdits enfans, de la moitie des profits de tous les heritages mainfermes ou cottiers situés en Cambrai ou pays de Cambresis, délaissés par le défunt à l'heure de son trépas, en tant qu'autrement ne soient suffisamment conditionnés ». L'art. 1er du même titre ne donne effet au ravestissement de sang que sur les biens main-fermes ou cottiers, et il en exclut les fiefs et les meubles.

La coutume du chef-lieu de Valenciennes fait consister cet avantage dans la propriété incommutable de tous les meubles de la communauté, et dans l'usufruit de toutes les main-fermes et de toutes les rentes immobilières du premier mourant. C'est ce qui resulte des art. 9 et 10 de cette coutume. — La part du premier mourant dans les conquêts est incontestablement comprise dans cet usufruit. — Ainsi, le survivant a, dans cette contume, deux sortes de droits sur les conquêts: il en est propriétaire jusqu'à concurrence de la moitié, et il est viager du restant. L'art. 12 le décide ainsi en termes exprés.

Il s'est présenté à ce sujet une question remarquable.

Benoit Morival et Marie-Josephe Bouy, son épouse, demeurans à Hasnon, village du chef-lieu de Valenciennes, avaient acquis ensemble deux parties de biens. — Après la mort de Benoit Morival, Marie-Joseph Bouy se remaria à Jean-Pierre Loisnon. — Ayant besoin de bâtimens, et ne pouvant en construire que sur sa part dans les conquêts de sa première communauté, elle demanda à ses enfans du premier lit que cette part fût fixée par un partage. — Ses enfans s'y refusèrent, et prétendirent que dans la coutume de Valenciennes, le survivant de deux conjoints, avec enfans, ne peut pas demander le partage des conquêts, mais qu'il est obligé d'en jouir indivisement toute sa vie, sans pouvoir faire déterminer quelle est précisément la moitie dont il est propriétaire, quelle est celle dont il n'est que viager.

Ce système était ridicule sans doute, en le considérant d'après les notions du droit commun. Mais on le fondait sur la très ancienne coutume de Valenciennes, et sur quelques articles de la nouvelle.

« C'est une maxime, disait-on, qu'*il n'est nul héritier tant que viager dure*: cette maxime est consignée dans la très ancienne coutume rédigée le 23 juillet 1531. — A l'egard de la nouvelle coutume, les art. 124 et 126 mettent en principe que les enfans ne doivent venir à la succession de leur père et de leur mère, qu'après la mort du survivant. — Suivant les art. 132 et 136, le droit de maineté doit être pris avant part, et ce n'est qu'après qu'il est levé que les autres enfans partagent. Or, ce droit ne se prend qu'à la mort du survivant des deux conjoints. Donc, pendant la vie du survivant, point de partage. — Aux termes de l'art. 53, un propriè-

Digitized by Google

taire ne peut vendre ni aliéner sa nue propriété, tant que l'usufruit en est séparé. Or, partager, c'est aliéner. Donc, un enfant ne peut pas partager à l'encontre du survivant de son père et de sa mère, des conquêts dont celui-ci est usufruitier pour le tout ».

Sur ces raisons il est intervenu au siège échevinal de Valenciennes, le 21 février 1770, une sentence qui a prononcé en ces termes : « Sans avoir égard au consentement donné par Philippe Bricquet, curateur établi à Jean-Baptiste Morival (le seul des enfans du premier lit qui fût encore mineur), déclarons les demandeurs (la veuve Morival et son second mari) non fondés dans leur demande en partage des biens dont il s'agit au procès, et les condamnons aux dépens : la demanderesse cependant entière d'exercer les droits que la coutume lui défère ».

La veuve Morival et son second mari ont appelé de cette sentence. — Ils ont d'abord écarté la coutume de 1531, en prouvant qu'elle avait été abolie dans tous ses points par le décret d'homologation de l'ancienne coutume du 23 mars 1540. — Aux art. 124 et 126 de la nouvelle coutume, ils ont répondu que ces textes ne reglent que les droits des enfans entre eux ; qu'il n'y est nullement question des droits respectifs du survivant et de ses enfans ; que ces droits sont déterminés par l'art. 12 dans des termes qui ne permettent pas de douter qu'il ne soit libre au survivant de demander le partage des conquêts ; qu'en effet cet article déclare le survivant *propriétaire puissant fourfaire de la moitié, et viager de l'autre*, et que bien certainement il faut un partage pour que le survivant puisse *fourfaire*, c'est-à-dire, aliéner avec sûreté, sa part des conquêts. — Les art. 132 et 136 ont été écartés avec la même force. La coutume, ont dit les appelans, remet à la mort du survivant l'exercice du droit de mainté ; mais elle n'ôte pas pour cela au survivant la libre disposition de la moitié des conquêts : elle ne le prive donc pas du droit de demander que cette moitié soit fixée par un partage. A la bonne heure que les enfans ne partagent entre eux que lorsque le survivant cessera de jouir de leur part, ou, ce qui est la même chose, lorsqu'il sera décédé : Voilà ce que la coutume a dit ou fait entendre ; mais sûrement il ne résulte point de là que le survivant lui-même ne peut pas demander partage à ses enfans. — Quant à l'art. 53, on pourrait peut-être en conclure que le nu propriétaire ne peut pas provoquer un partage ; mais il n'en résulte certainement pas qu'il est incapable de consentir au partage provoqué par un tiers. — La veuve Morival a répondu avec la même solidité à toutes les autres objections de ses enfans.

Et le 21 juillet 1772, il a été rendu, au rapport de M. de Sars de Curgies, un arrêt conçu en ces termes : — « La cour a mis et met l'appellation et la sentence dont a été appelé au néant ; émendant, ordonne aux intimés d'entrer en partage des biens dont il s'agit ; condamne lesdits intimés aux dépens, tant de la cause principale que de celle d'appel ».

Dans la coutume du chef-lieu de Mons, l'usage constant, est que le survivant de deux époux avec enfant vivant, jouit, en vertu du ravestissement de sang, de l'usufruit des main-fermes du prédécédé et de la propriété de tous les meubles, à la charge d'abandonner la moitié de ceux-ci, lorsqu'il veut se remarier. *V. Fourmouture.* Mais l'usufruit dont nous venons de parler, cesse-t-il dans cette coutume, comme dans celle de Cambresis, lorsque l'enfant vient à mourir sans postérité ? *V. Usufruit paternel.*

Dans les coutumes de Lille, tit. 5, art. 17 ; de Seclin, art. 2 ; de Pont-à-Wendin, art. 4, le ravestissement de sang embrasse la propriété de tous les meubles, catteux et heritages réputés pour meubles que les conjoints possèdent, *en quelque lieu qu'ils soient situés ;* mais à la charge d'en laisser la moitié aux enfans, en cas de convol à un second mariage.

Remarquez que ces termes, *en quelque lieu qu'ils soient situés*, ne doivent pas être pris à la lettre. C'est un principe constant, que les fonds réputés meubles ne laissent pas d'être regis par les coutumes de leur situation, sans égard pour celle du domicile du propriétaire. Si une coutume attribue à quelques immeubles la qualité fictive de meubles ou de catteux, ce n'est pas pour les assujettir à une coutume étrangère, mais pour certains effets qui lui sont propres. C'est pourquoi un arrêt du parlement de Flandre, du 3 décembre 1700, a jugé que les catteux d'une personne domiciliée dans la châtellenie de Lille, devaient être partagés suivant la coutume de leur situation, quoique la coutume de la châtellenie de Lille veuille, tit. 2, art. 9, que les meubles fictifs se règlent par la loi du domicile, de même que les meubles réels ; et il a été rendu un arrêt semblable, au parlement de Paris le 12 août 1734, comme on peut le voir à l'article *Catteux.* — Il ne faut cependant pas conclure de là, que les articles cités des coutumes de Lille et de la châtellenie du même nom, soient sans effet. Il en résulte, que les meubles fictifs qui sont situés dans leur ressort, ne sont pas régis par leurs propres dispositions, mais par les coutumes des lieux où les propriétaires de ces biens sont domiciliés. C'est ce qui a été jugé par une sentence du conseil de Gand, du 7 octobre 1417. Il était question de savoir si des catteux situés dans la châtellenie de Lille, devaient entrer dans un ravestissement intervenu entre deux conjoints domiciliés dans la ville de Lille. La sentence a jugé qu'ils devaient y être compris ; ce qui est très juste. Il est vrai qu'une coutume ne peut pas étendre ses dispositions au-delà de ses limites, mais elle peut subordonner son empire à celui d'un autre ; et quoiqu'elle ne puisse commander aux biens situés dans une coutume étrangère, elle peut néanmoins soumettre à une coutume étrangère ceux qui sont situés dans son propre territoire.

Dans la coutume de Douai, l'effet du ravestis-

Digitized by Google

sement de sang est, suivant l'art. 4 du chap. 1er, que le survivant est propriétaire de tous les meubles, catteux et héritages que le prédécédé avait au moment de sa mort dans toute l'étendue de l'échevinage, *sans que les enfans procédans de leur mariage y puissent avoir aucun droit*. Cette propriété n'est cependant pas incommutable à l'egard de toutes les espèces de biens dont on vient de parler: car si le survivant se remarie, *les terres, héritages, catteux, maisons et rentes portés en mariage par le premier décédé, et qui lui seront succédés ou donnés, demeureront affectés auxdits enfans, pour en jouir après le trepas du survivant*. Hors ce cas, les enfans n'ont rien à prétendre sur la succession du premier mourant, pas même leur légitime, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Flandre du 23 août 1700: décision rigoureuse sans doute, mais conforme aux principes. Le droit d'Entravestissement est, dans la personne des conjoints, un titre onéreux; c'est un contrat *do ut des*, que la loi forme entre eux de sa propre autorité: il dépouille le predecédé au moment même de sa mort; il opère de façon, que les biens sur lesquels il frappe, ne font plus partie de sa succession; et comme la légitime ne comprend jamais que les biens qui restent dans la succession du defunt, ou dont il a disposé à titre gratuit, et non sur ceux dont il a disposé à titre onéreux, elle doit nécessairement être exclue par le ravestissement de sang.

Il y a eu de grandes difficultés dans ce siècle, pour savoir jusqu'où devait s'étendre la réserve que la coutume fait aux enfans du premier lit, des biens qui ont été acquis par l'Entravestissement de sang, au conjoint survivant et remarié.

Le parlement de Flandre avait ordonné par arrêt du 13 août 1739, qu'il serait fait par les échevins de Douai, un projet de règlement sur les précautions qu'il y avait à prendre pour la conservation des intérêts des mineurs, dans le cas de convol de leurs pères ou de leurs mères à de secondes nôces; et que ce projet serait rapporté à la cour, à l'effet d'être par elle ordonné ce qu'il appartiendrait.

Le 3 octobre de la même année, le projet de règlement a été arrêté à l'hôtel-de-ville de Douai, et remis de suite à MM. Waymel du Parcq et Vernimmen, avocat et procureur généraux du parlement, pour donner leurs conclusions sur son contenu.

Ces conclusions, rédigées par le premier de ces magistrats, ont été conservées en manuscrit. Voici, entr'autres choses, ce qu'elles contiennent sur notre objet.

« Le règlement dont il est question, ne doit pas être un simple règlement de formalités..... Il doit contenir de plus la décision des doutes que la coutume laisse ouverts, faute de s'être expliquée assez clairement dans l'art. 4 du chap. 11, sur l'étendue de l'affectation qu'elle accorde aux enfans sur les terres, héritages, catteux, maisons, rentes viagères et héritières *portées en mariage par le premier décédé, ou qui lui auraient été succédées ou données*.

» A notre égard, nous estimons que sans sortir des expressions qu'elle a employées, on doit, en décidant cette difficulté, ordonner par le règlement, que l'état que le survivant devra produire, contiendra généralement les terres, héritages, catteux, maisons et rentes tant viagères qu'héritières, que le prédécédé aura portées en mariage, et qui lui seront echues par succession ou donation, *tant pour ce qui en reste existant, que pour ce qui peut en avoir été aliéné, soit pendant le mariage des conjoints, soit pendant le veuvage du survivant*.

» Nous n'ignorons point que pendant le mariage, les conjoints sont les maîtres absolus de leurs biens; qu'ils peuvent les vendre et aliéner, soit qu'ils aient enfans ou non; et qu'en vertu de l'Entravestissement de sang, qui a son effet quand il y a eu enfans de leur mariage, le survivant a le même pouvoir sur tous les biens, *sans que les enfans puissent avoir aucun droit*, pas même de légitime, dans les biens que leur père ou leur mère prédécédé possédait à sa mort. La cour l'a décidé ainsi par ses arrêts.

» Mais la coutume, si rigoureuse en ce point, a pris soin d'ajouter à tout cela une modification par *un bien entendu*, lié inséparablement aux avantages excessifs des pères et des mères, pour le cas du remariage qui pouvait arriver. Elle ne les fait ainsi maîtres absolus de tout, que sous la condition apperçue d'avance, que si le survivant venait à se remarier, il serait obligé de faire raison à ses enfans, non pas du résidu des fonds et rentes portés en mariage par le prédécédé, ni du simple résidu de ceux *à eux succédés ou donnés;* mais par une proposition indéfinie, qui équipolle à une proposition universelle, elle charge le survivant remarié de faire raison à ses enfans de toutes les espèces de biens, dès qu'ils ont été *portés en mariage, ou* qu'ils *leur ont été succédés ou donnés*. La coutume les affecte aux enfans pour en jouir après le trepas du survivant; elle les affecte même du jour de leur mariage, ou en nature, ou en estimation, sous la condition éventuelle des secondes nôces, par ces mots relatifs au passé, *demeureront affectés*, qui prouvent qu'ils l'étaient dès auparavant *sub conditione*.

» C'est une peine civile portée en haine des secondes nôces, par la coutume, pour dédommager les enfans de ce qu'elle leur fait souffrir par la rigueur de l'Entravestissement qui les prive de tous les biens du prédécédé, sauf le cas des secondes nôces qui leur assure du pain qu'ils ne ponvaient espérer auparavant, qu'autant que l'affection et l'économie de leur père ou de leur mère survivant et non remarié pouvait leur en conserver.

» Comme ce *bien entendu* est porté en haine des

Digitized by Google

secondes nôces, on ne doit rien lui ôter de l'étendue que la coutume lui donne; il faut que les enfans retrouvent, à la mort du survivant remarié, tous les fonds et rentes portés en mariage par le prédecede, et ceux *à lui succédés ou donnés* depuis, soit en nature ou en estimation : c'est leur lot au cas de remariage; et l'on doit leur en produire un état détaillé, après les secondes nôces, pour constater dans la suite ce qui doit leur revenir à la mort du snrvivant.

» Cela paraît même être plein de justice et d'équité, par la raison que si quelques parties en ont été vendues ou aliénées, la valeur en est entrée, ou dans la communauté pendant la vie des conjoints, ou dans la masse des biens du survivant; et c'est sur ce fondement qu'il est chargé par-là de faire valoir à ses enfans les fonds ou rentes que le prédécedé possedait en se mariant, ou qu'il a recueillis pendant la communauté, soit par succession, soit par douation. La coutume parle en termes assez clairs pour qu'on soit en état de le décider ainsi par le règlement qu'il s'agit de faire.

» On pourrait peut-être objecter qu'un pareil règlement, aussi bien que les formalités et précautions qu'on pourrait prendre pour en assurer l'exécution, deviendraient inutiles si le survivant remarié n'avait plus, au temps de son remariage, de quoi y satisfaire. Mais on répond à cette objection que cela arriverait par accident, *præter intentionem et dispositionem consuetudinis*. Ce serait le cas où l'on pourrait dire : *inutilis est actio quam eludit inopia debitoris*.

» Les droits des enfans n'en seraient pas moins certains, et leur fourniraient toujours une action, du moins jusqu'à concurrence de ce qu'ils pourraient en recouvrer à la mort du survivant.

» Et encore ne peut-on pas dire que n'y ayant pas d'usufruit sans caution, le survivant remarié serait obligé de donner caution pour la valeur des fonds et rentes aliénés, dont il est censé avoir la valeur dans la communauté où il est resté pour le tout, particulièrement au cas qu'il veuille profiter de l'usufruit de ce qui n'a pas été aliéné, et que faute de donner caution suffisante et domiciliée pour ce qui en a été aliéné, il doit être privé de l'usufruit de ce qui en reste, sauf l'action des enfans pour avoir raison du montant des aliénations.

» On conçoit très bien que si dans la succession du survivant remarié, la part virile des enfans du premier mariage se trouvait plus avantageuse que le recouvrement de leurs droits du chef de leur père ou de leur mère prédecédé, le survivant pourrait, en leur laissant ce qui resterait du bien du prédecédé, avec leur part virile à l'encontre des enfaus du second lit, les obliger de s'en contenter, à peine de privation de ses biens disponibles, ou même ordonner sous la même peine un partage égal du tout. Mais si les enfans de premières nôces n'y trouvaient pas leur compte, il n'y a nul doute qu'en renonçant à la succession du survivant, ils pourraient se faire restituer, en nature ou en valeur, les fonds et rentes portés en mariage par le prédécedé, et ceux *à lui succédés ou donnés*, conformément à la disposition expresse de la coutume ».

Ainsi se sont expliqués MM. Waymel du Parcq et Vernimmen, pour soutenir que la coutume de Douai, en cas de second mariage, fait perdre au survivant, non seulement la propriété de ce qui lui reste des biens du prédecédé, mais encore la valeur de ce qui a été aliéné, soit pendant la première communauté, soit pendant le veuvage qui en a suivi la dissolution.

M. de Wavrechin du Lompret, conseiller au parlement de Flandre, a fait, pour réfuter cette opinion, une dissertation fort étendue, dont j'ai pareillement le manuscrit sous les yeux.

Elle débute par une comparaison entre l'ancienne et la nouvelle coutume de Douai.

Voici comment s'exprimait la première sur les avantages de l'Entravestissement : « La coutume de la ville et échevinage de Douai est telle, que si deux conjoints par mariage entravestissent l'un l'autre par sang ou par lettres, au survivant d'iceux compètent et appartiennent tous les biens, meubles et héritages dont ils jouissent ensemble durant leur conjonction, situés audit échevinage, sans que leurs enfans, si aucuns en ont, ni autres leurs héritiers habiles à succéder, y puissent avoir, prendre, ne demander quelque ne aucun droit ».

A cette disposition la nouvelle coutume, chap. 1, art. 4, a substitué celle-ci. — « Quand deux conjoints par mariage ont entravesti l'un l'autre de sang, ce qui advient quand il y a eu enfans dudit mariage, ou par lettres, au survivant d'iceux deux conjoints compètent et appartiennent tous et chacun les meubles, catteux et héritages situés audit échevinage qui leur compétaient, et dont chacun d'eux était jouissant au jour du trépas du premier mourant, pour par ledit survivant en jouir, user et posseder véritablement comme de sa chose propre, sans que les enfans procédans dudit mariage, ou en faute d'enfans, les parens du premier mourant y puissent avoir aucun droit; *bien entendu* que si le survivant ayant enfant vient à se remarier, en tel cas et non autrement, les terres, héritages, catteux, maisons et rentes tant viagères qu'héritières, portés en mariage par le premier décédé, et qui lui seront succédés ou donnés, demeureront affectés auxdits enfans, pour en jouir après le trépas dudit survivant ».

On voit donc que dans l'ancienne coutume, la propriété universelle du survivant avec enfans était absolue et incommutable; que dans la nouvelle coutume, elle est encore de même, tant par rapport aux meubles et effets mobiliers, qu'à l'egard des conquêts de la communauté; mais que relativement aux propres du prédecédé, les nouveaux redacteurs

Digitized by Google

ont cru devoir accorder aux enfans du premier lit, dont le père ou la mère passerait à un second mariage, une espèce *d'affectation* et un droit d'expectative qui naîtrait du second mariage même.

A la vérité, ces propres restent dans le domaine du survivant remarié, mais ce n'est pas absolument ni sans retour. Ils *demeurent* affectés aux enfans, c'est-à-dire que le survivant les conserve; ils lui *demeurent*, mais à la charge de les réserver aux fruits de son premier mariage: *affectés aux enfans.*

C'est ce que les praticiens de Douai ont constamment exprimé par cet axiome, « le survivant qui se » remarie devient *propriétaire bridé* ».

Ce n'est donc que du jour du second mariage que *l'affectation* commence; et l'on ne peut pas la faire remonter plus haut, sans aller tout à la fois contre l'esprit de la coutume, et contre l'interprétation constante et uniforme que l'usage en a faite.

Pour nous convaincre que tel est vraiment l'esprit de la coutume, reprenons les termes de l'art. 4 du chap. 1: *Au survivant competent et appartiennent tous et chacun les meubles, catteux et héritages situés audit échevinage, qui leur compétaient, et dont chacun d'eux était jouissant au jour du trépas du premier mourant.* — Rien n'est excepté de ce qui est régi par la coutume. Tout ce dont l'un ou l'autre des conjoints jouissait de son chef tombe dans l'Entravestissement. Les mots *compétent et appartiennent* enveloppent les immeubles comme les effets mobiliers: le survivant pour ceux-là n'a point d'autre titre que pour ceux-ci; ce sont les mêmes termes qui le rendent propriétaire, et de tous les héritages du prédécédé, et de tout l'argent comptant de la communauté; et comme, en vertu de ces termes, il peut, durant son veuvage, disposer irrévocablement et sans charge de remploi, de tous les meubles, effets mobiliers et espèces pécuniaires, il peut, durant le même temps et par la même vertu, disposer avec la même irrévocabilité et le même affranchissement de tout remploi, des immeubles que le premier mourant lui a transmis. Les enfans du premier lit n'ont pas plus de droit pour lui demander raison des uns que des autres.

Pour par le survivant en jouir et posséder héritablement comme de sa chose propre. Certainement la *chose propre* du survivant n'est frappée d'aucune affectation, même conditionnelle et relative au cas du remariage: il en est donc de même des biens que le survivant tient du prédécédé.

Sans que les enfans procédans dudit mariage, ou en faute d'enfans, les parens du premier mourant, y puissent avoir aucun droit. On ne peut pas d'expression plus claire ni plus propre à désigner un affranchissement entier de toute charge, de toute affectation: la légitime même des enfans est exclue, et assurément l'exclusion d'un droit aussi sacré ne peut pas sympathiser avec l'introduction de la réserve conditionnelle qu'ont imaginée MM. Waymel du Parcq et Vernimmen.

Bien entendu que si le survivant ayant des enfans, vient à se remarier, en tel cas et non autrement. Voilà un événement que la coutume prévoit, et pour lequel elle établit une exception à la première partie de l'article. Sans doute ces termes, *bien entendu*, sont liés avec la disposition qui précède, en ce qu'ils en restreignent l'effet; mais cette liaison peut-elle autoriser à dire qu'une *affectation* établie contre le convol en secondes nôces, doit avoir lieu pour le temps même du veuvage? Et comment peut-on seulement y penser, lorsqu'on voit la coutume s'expliquer d'une manière qui limite absolument l'affectation au cas du remariage, *en ce cas et non autrement?* Affecter les biens *en ce cas*, c'est bien décider qu'ils ne l'étaient pas auparavant. Dire qu'ils ne sont pas affectés *autrement* qu'en cas de remariage, c'est bien faire entendre qu'ils sont libres de toute affectation, même conditionnelle, soit pendant la vie des deux conjoints, soit pendant le veuvage du survivant.

Les terres, héritages, catteux, maisons et rentes, tant viagères qu'héritières, portés en mariage par le prédécedé, et qui lui seront succédés ou donnés. Ici, la coutume ne parle pas des biens qui ont été aliénés; et il répugnait à son esprit qu'elle en parlât, puisque, par les premiers termes de cet article, elle laisse au survivant la liberté d'user et de disposer des biens du prédécédé comme des siens propres. Elle ne s'occupe que des biens existans; et pour que l'on ne confonde pas dans l'affectation qu'elle vent établir, ceux d'entre ces biens qui sont conquêts de la communauté avec ceux qui étaient propres au prédécedé, elle déclare qu'ils ne seront *affectés* qu'autant qu'ils auront été, soit *portés en mariage*, soit recueillis à titre héréditaire ou lucratif, par le premier mourant.

Demeureront affectés auxdits enfans, pour en jouir après le trépas du survivant. C'est sur l'équivoque de ce mot *demeureront* que roule tout le système de MM. Waymel du Parcq et Vernimmen. Suivant ces magistrats, la coutume, en disant que les biens *demeureront affectés*, suppose qu'ils l'étaient déjà précédemment.— Mais par lui-même, et considéré à part, le verbe *demeurer* signifie seulement qu'une chose doit être permanente. — Par lui-même, et considéré à part, le futur *demeurera* ne se réfère qu'au temps à venir; il n'a aucun rapport au passé: ainsi, dans notre cas, il désigne seulement une affectation qui commencera au temps du remariage; qui, par conséquent, ne liera les biens qu'autant qu'ils existeront à cette époque; et qui *demeurera*, c'est-à-dire, qui sera permanente et stable jusqu'à la mort du survivant des conjoints.

Telles sont, en raccourci, les principales raisons que M. de Wavrechin de Lompret a opposées au système de MM. les gens du roi.

L'arrêt qui a suivi cette discussion, est du 1er mars 1741. Nous en rapportons le dispositif sous le mot *Tuteur*, sect. 2, §. 1, n. 2. On y remarquera sans peine qu'il a plutôt éludé que décidé la ques-

Digitized by Google

tion. Mais aussi il semble qu'il la décide par son silence, en ce qu'il n'adopte pas les conclusions du ministère public, tendantes à ce qu'il fût dit que dans l'affectation portée par la coutume, étaient compris, *tant les biens existans que ceux aliénés, soit pendant le mariage, soit pendant la viduité du conjoint remarié*.

Dans la coutume d'Arras, le survivant de deux conjoints entre lesquels est intervenu un ravestissement de sang, est, aux termes de l'art. 10, propriétaire de tous les meubles reels, en quelque lieu qu'ils soient situés, de toutes les rentes héritières et réputées meubles, de tous les heritages sujets à l'échevinage, de toutes les rentes foncieres et non seigneuriales qui sont affectées sur ces héritages; le tout tel que le premier mourant l'aura laissé au moment même de son décès.

L'art. 11 contient deux dispositions remarquables: — L'une, que les catteux et maréchaussées situés hors de la ville et banlieue d'Arras, n'entrent pas dans le ravestissement; ce qui est conforme au principe établi ci-dessus, que les biens de cette nature suivent les lois de leur situation, et non celles du domicile de celui à qui ils appartiennent; — L'autre, qui exclut pareillement du ravestissement les offices et les charges: la raison en est, que, suivant une délibération du 9 août 1712, arrêtée par le conseil d'Artois les chambres assemblées (1), les offices de cette province sont toujours régis par la coutume générale, et non sujets aux coutumes des échevinages, quoique les titulaires y soient domiciliés. « Autrement, dit Brunel en ses *observations notables*, cela produirait trop de variété; et il n'est pas naturel de croire que les coutumes des échevinages opèrent, par rapport à des immeubles qui ne sont que fictifs, ce que l'on ne pouvait avoir en vue lors de leur rédaction, attendu qu'alors les offices n'étaient point venaux ».

Continuons l'examen des dispositions de la coutume d'Arras sur les effets du ravestissement de sang. L'art. 12 veut que si, au décès du premier mourant, il y a un ou plusieurs enfans vivans issus de leur mariage, le survivant, quoique propriétaire des immeubles, rentes et heritages sujets à l'echevinage, soit tellement grevé dans sa propriété, quant aux heritages et aux rentes foncieres, qu'il ne puisse en disposer au préjudice de ses enfans.

L'art. 13 ajoute que si tous les enfans ou leurs descendans meurent avant le survivant, alors celle-ci devient libre, et peut disposer à sa volonté de tout ce que le prédécédé lui a transmis par droit de ravestissement.

Suivant l'art. 14, les enfans ou petits-enfans, en appréhendant, après le décès du survivant de leur père ou de leur mère, les biens-fonds compris dans le ravestissement, ne sont point tenus des dettes que le survivant a contractées depuis la mort du prédécédé. On a vu à l'article *Dévolution coutumière*, la raison sur laquelle est fondée cette disposition.

L'art. 15 veut que si le survivant ayant des enfans, convole à un second mariage, et qu'il en naisse d'autres enfans, ceux-ci ne puissent rien prétendre sur les héritages sujets à l'échevinage, et laissés au survivant par droit de ravestissement; mais que ces biens appartiennent en entier aux enfans du premier lit ou à leurs descendans.

L'art. 16 porte que dans le cas où il y aura Entravestissement de sang, il ne sera pas permis au mari, en acquérant des immembles mouvans de l'échevinage, de les conditionner conformément à l'art. 120 de la coutume générale d'Artois, c'est-à-dire, de stipuler que ce sera pour lui et sa femme, *le dernier vivant tout tenant*; ce qui est fondé sur le préjudice qu'une pareille clause porterait au droit de dévolution introduit par les art. 12 et 15 en faveur des enfans du premier lit.

Toutes ces dispositions de la coutume d'Arras sont répétées mot pour mot dans celles de la cité d'Arras, de Bapaume et du pays de Laleu. Les art. 2 et 3 de celle de Béthune ont été rédigés dans le même esprit; et quoiqu'ils ne renferment pas tant de details, on peut sans doute, ou doit même suppléer à leur silence par ceux que nous venons de parcourir.

Desmasures en son commentaire manuscrit sur la coutume d'Artois, observe que le survivant qui jouit des biens du prédécédé à titre de ravestissement, et « qu'on appelle propriétaire bridé, dans la coutume échevinale d'Arras, peut bailler les héritages à louage pour le temps ordinaire de neuf ans, parcequ'il a plus de droit qu'un usufruitier simple; il est censé au même rang que le fidéicommissaire jusqu'à l'événement de la condition; et ainsi se juge au conseil d'Artois et au siége échevinal de ladite ville ».

Sect. II. *De l'Entravestissement par lettres.*

Pour traiter ce sujet avec ordre, nous le diviserons en trois paragraphes. Dans le premier, nous considérerons le ravestissement par lettres dans sa nature, ses effets et ses formalités. Dans le second, nous le comparerons au don mutuel admis par les coutumes de France. Nous finirons par quelques questions particulières sur le ravestissement.

§. I. *De la nature, des effets, et des formalités du ravestissement par lettres.*

I. Les coutumes des Pays-Bas entendent à peu près par *ravestissement par lettres*, ce que les coutumes de France expriment par *don mutuel*; c'est une donation réciproque que les conjoints font à celui des deux qui survivra l'autre.

Cette donation est-elle entre-vifs ou à cause de

(1) La réformation de la coutume d'Arras est postérieure de long-temps à cette délibération: elle a été ordonnée par lettres-patentes du 6 juin 1741, et confirmée par d'autres lettres-patentes du 28 juin 1745.

Digitized by Google

mort? La coutume du chef-lieu de Valenciennes la suppose entre-vifs; et l'idée qu'elle nous en donne doit être adoptée par-tout, tant parcequ'elle a été rédigée d'après l'esprit general des coutumes de ravestissement, que parcequ'en effet ces sortes d'actes sont de véritables contrats *do ut des*, dans lesquels, par conséquent, chacune des parties a intérêt et trouve son avantage. — Je dis que la coutume de Valenciennes regarde le ravestissement comme un acte entre-vifs; en effet, elle décide, art. 22, que *ne peut tel ravestissement être rappelé, si ce n'est par le consentement des deux parties conjointement.* Cette irrévocabilité ne convient point à une donation à cause de mort, même mutuelle. Avant que les testamens conjonctifs eussent été abrogés par l'ordonnance de 1735, on n'avait jamais douté que l'un des conjoints ne pût révoquer sa disposition mutuelle sans le consentement de l'autre. Les donations entre-vifs sont les seules qui ne puissent être révoquées malgré ceux à qui elles sont faites; ainsi, de ce que la coutume de Valenciennes déclare le ravestissement irrévocable sans le consentement des deux conjoints, on peut raisonnablement inférer qu'elle le regarde comme une donation entre-vifs. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'art. 17 de la même coutume, combiné avec celui qu'on vient de citer. L'art. 13 permet à deux conjoints de se faire l'un à l'autre des donations à cause de mort, sans exiger pour cela de formalités particulières. Ainsi, puisque l'art. 22 ne leur permet de se faire réciproquement l'avantage dont il parle, qu'en employant les formalités du ravestissement, il est clair que cette espèce de donation n'est point du nombre de celles qu'autorise l'art. 17, et que par conséquent elle doit être rangée dans la classe des actes entre-vifs.

II. Les effets du ravestissement par lettres sont absolument les mêmes que ceux du ravestissement de sang, excepte dans la coutume de Cambrésis, où le ravertissement de sang ne comprend que l'usufruit des mainfermes de prédécédé, comme on l'a vu plus haut, au lieu que le ravestissement par lettres comprend, outre cet objet, la propriété pleine et entière de tous les meubles de la communauté.

Une autre exception est que, dans le chef-lieu de Mons, le ravertissement par lettres ne peut avoir lieu que pour les meubles. C'est ce qui résulte du chap. 35 de la coutume. Les conjoints qui, dans cette partie du Hainaut, veulent se donner des droits réciproques sur leurs héritages respectifs, ne peuvent le faire que par *condition de manbournie*. *V.* ces mots.

Dans les coutumes où les immeubles n'entrent dans le ravestissement que pour l'usufruit, telles que sont celles de Valenciennes et de Cambrésis, peut-on disposer de la propriété par la même voie? Voici une espèce dans laquelle cette difficulté s'est présentée. — Deux époux domiciliés à Valenciennes firent, le 26 juin 1704, un acte de ravestissement, par lequel ils se donnèrent réciproquement la propriété de tous les immeubles qu'ils possédaient dans le chef-lieu, avec la clause *que ledit acte sortirait effet en la meilleure forme de droit que faire se peut.* La femme étant morte la première et le mari après elle, les héritiers de celui-ci formèrent contre ceux de la femme une demande en délivrance des biens qu'elle avait laissés à son mari; et en conséquence, ils soutinrent que c'était un usage constant à Valenciennes de disposer de la propriété des héritages par la voie du ravestissement; que d'ailleurs l'acte du 26 juin 1704 devait passer pour un testament, en vertu de la clause *que ledit acte sortirait effet en la meilleure forme de droit que faire se peut*; et que c'était là une véritable clause codicillaire. — Les échevins de Valenciennes leur adjugerent leur demande; mais sur l'appel porté au parlement de Flandre par les héritiers de la femme, M. l'avocat général Waymel du Parc observa, 1°. que l'allégation de l'usage prétendu observé à Valenciennes, de faire entrer la propriété des immeubles dans les ravestissemens par lettres, n'était appuyée sur aucune espèce de preuve; 2°. que le ravestissement du 26 juin 1704 ne pouvait passer pour un testament, que la clause citée plus haut n'était point codicillaire; que les clauses de cette nature, faites uniquement pour les actes de dernière volonté, ne peuvent convenir avec un ravestissement, qui est une véritable donation entre-vifs; que la seule interprétation naturelle qu'on pût donner à la clause en question, était, que les contractans avaient voulu que si leur ravestissement ne pouvait produire les effets qu'ils avaient tenté d'en faire résulter, il produisit au moins ceux que la coutume en fait dépendre, c'est-à-dire, l'usufruit des biens du prédécédé au profit du survivant; que si l'intention des conjoints avait réellement été de se transférer l'un à l'autre la propriété de leurs biens, ils auraient dû se servir des voies prescrites par la coutume dans les art. 16 et 17; mais qu'ayant choisi la voie du ravestissement introduite par l'art. 22, on ne pouvait donner à cet acte plus d'étendue que la coutume ne lui en donne. — Sur ces moyens, est intervenu arrêt, le 17 mars 1722, à la seconde chambre, qui a infirmé la sentence, et a maintenu les héritiers de la femme dans la propriété et possession des biens contentieux.

Il est assez intéressant de savoir si un acte de ravestissement doit, pour être valable, comprendre tous les biens que la coutume permet d'y faire entrer. L'art. 1er du tit. 9 de la coutume de Cambrésis adopte l'affirmative en ces termes: « Ravestissement entre deux conjoints, tant pour les meubles que pour les héritages de mainferme, se doit passer pardevant loi, et doit être général et réciproque ». Cette disposition confirme l'opinion de Duplessis et de Bourjon, que les conjoints ne peuvent restreindre le don mutuel sans l'annuller, par la raison que la faculté de se ravestir ou de se faire un don mutuel, étant une exception à la règle générale qui défend aux conjoints de s'avantager, ceux-ci ne doivent pas la changer à leur gré, mais la prendre scrupuleusement dans les termes de la loi,

Digitized by Google

sous peine de rentrer dans la prohibition générale.

Cette décision est sans doute bien rigoureuse et peut-être trop subtile; aussi n'est-elle pas admise universellement: Ricard la rejette par rapport au don mutuel, sur le fondement de la maxime, qui peut le plus peut le moins; et il paraît que la coutume de Lille la condamne par rapport au ravestissement; car elle permet aux conjoints d'apposer aux actes de cette nature *telles devises et conditions que bon leur semble*. Ce sont les termes de l'art. 14 du tit. 5. — La coutume de la Bassée paraît avoir été rédigée dans les mêmes principes. L'art. 13 accorde au survivant de deux conjoints qui se sont ravestis, la propriété de tous les meubles réels et fictifs du premier mourant, *si ce n'est que par ledit ravestissement soit autrement devisé et conditionné*. — L'art. 5 de la coutume d'Armentières porte également que deux conjoints peuvent, en faisant un acte de ravestissement, *y apposer telles devises et conditions que bon leur semble, lesquelles sont à entretenir*. — Des dispositions aussi générales ne permettent pas de douter que dans toutes ces coutumes, les époux ne soient maîtres de restreindre les effets du ravestissement dans des bornes plus étroites que celles que la loi leur a prescrites.

Il y a plus; la coutume de Cambrésis elle-même autorise les restrictions en cette matière. L'art. 3 du tit. 9 décide que « si deux conjoints ravestissent l'un l'autre seulement pardevant une loi ou justice, et que l'un ou les deux n'aient héritages en ladite seigneurie, tel ravestissement vaudra seulement pour les meubles ». Il résulte clairement de ces termes, que, suivant l'esprit de cette coutume, le ravestissement de meubles n'a rien de commun avec le ravestissement d'immeubles, et que par conséquent on peut faire l'un et omettre l'autre.

La coutume du chef-lieu de Valenciennes fait entendre la même chose, en disant, art. 22, que les conjoints doivent se ravestir « pardevant échevins du lieu de leur domicile pour immeubles; et pour meubles, pardevant échevins et jurés de cattel ». D'après une disposition aussi précise, il est hors de doute que le ravestissement pour meubles peut subsister sans le ravestissement pour immeubles, et réciproquement; car la coutume établissant différens ministres pour chacun de ces actes, et voulant par conséquent qu'ils soient passés en différens temps, ne peut-il pas arriver que l'un soit revêtu de toutes les formalités nécessaires, et qu'il se glisse des nullités dans l'autre? Or, dans ce cas, ne faudra-t-il pas ordonner l'exécution de celui qui se trouvera valable, et annuller celui qui sera vicieux?

Mais comment accorder l'article de la coutume de Cambrésis, que nous venons de rapporter, avec cet autre cité plus haut, qui veut que le ravestissement soit général, tant pour les meubles que pour les immeubles? Rien ne se contredit. La coutume n'entend pas que cet acte embrasse en même temps tout le mobilier et tous les biens fonds des deux époux; elle veut seulement que le ravestissement de meubles comprenne tous les meubles, et que le ravestissement d'immeubles comprenne tous les immeubles.

Doit-on compter parmi les effets du ravestissement, celui de saisir le survivant de tous les biens qui en sont l'objet? Les coutumes d'Arras, de la cité d'Arras, de Bapaume et du pays de Lalleu, aux endroits cités plus haut, se déclarent pour l'affirmative; et en cela elles imitent les coutumes de Berri, de Bourbonnais, de Saintonge, de Poitou, de Melun, de Montfort, de Mantes, de Troyes, de Nivernais, de Montargis, etc., qui toutes attribuent au don mutuel la vertu de saisir le survivant dès le jour du decès du premier mourant. Mais comme cette jurisprudence est bornée, par rapport au don mutuel, au territoire des coutumes qui l'admettent expressément, et que l'on suit dans les autres les dispositions de celles de Paris, de Meaux, de Valois, d'Etampes, de Clermont, de Calais et de Dourdan, qui soumettent le survivant à la nécessité de demander la délivrance aux héritiers du prédécédé, on doit décider la même chose par rapport au ravestissement, parceque la règle, *le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder*, étant générale, on ne doit pas y ajouter en faveur d'un conjoint une exception que la loi n'a pas exprimée. L'art. 5 du tit. 9 de la coutume de Cambrésis adopte expressément cet avis. Voici comme il est conçu. « Ravestissement passé pardevant loi requiert que le survivant des deux conjoints soit par loi remis ès biens dont le ravestissement est fait, en dedans l'an après le trépas du premier décédant, quant aux héritages; et en dedans quarante jours, quant aux meubles, après le trépas du premier décédant venu à sa connaissance ».

III. Les formalités du ravestissement ne sont pas les mêmes dans toutes les coutumes.

Celles d'Arras, art. 9, de la cité d'Arras, art. 7, du pays de Lalen, art. 22, portent en termes exprès, que « l'Entravestissement par lettres se fait quand deux conjoints par mariage comparent pardevant deux échevins en l'hôtel commun de l'endroit où ils sont domiciliés, ou au greffe de l'échevinage, et là, reconnaissant l'amour mutuel qu'ils ont l'un envers l'autre, la femme embrasse son mari, et s'entravestissent l'un et l'autre de tous les biens qui doivent composer et entrer dans l'Entravestissement, dont il est couché acte sur le registre du greffe dudit échevinage, et leur en est délivré une expédition par le greffier ».

L'art. 20 de la coutume de Bapaume prescrit absolument les mêmes formalités, excepté qu'il laisse au choix des époux de se ravestir devant les officiers de la juridiction où les biens sont situés, ou devant les officiers du bailliage de Bapaume.

Suivant l'art. 1 de la coutume de Béthune, le ravestissement se fait *par lettres de reconnaissance*, que les conjoints *font et passent pardevant sept échevins* de cette ville, *et en la chambre de leur halle*.

La coutume de Lille ne prescrit aucune forma-

Digitized by Google

lité pour ces actes ; mais l'usage de cette ville est de les passer en presence d'échevins : c'est aussi ce que prescrivent les autres coutumes particulières de la châtellenie de Lille, qui admettent le ravestissement, telles que Seclin, art. 3, la Bassée, art. 13, Comines, art. 20, Armentières, art. 5, Pont-à-Wendin, art. 7. Celle-ci s'exprime un peu autrement que les autres ; elle veut que le ravestissement soit passé *pardevant les bailli ou son lieutenant et échevins, en nombre de loi.*

La coutume de Douai veut *que tels Entravestissemens soient faits et reconnus pardevant échevins de ladite ville, en nombre de deux du moins.* Ce sont les termes de l'art. 3 du chap. 1.

Suivant l'art. 1 du tit. 9 de la coutume de Cambrésis, « ravestissement entre deux conjoints, tant pour les meubles que pour les héritages de mainferme, se doit passer pardevant loi », c'est-à-dire, en présence des échevins de qui ces sortes de biens relèvent respectivement. Si donc il s'agit de meubles, il faut s'adresser aux échevins du domicile; et s'il est question d'immeubles, à ceux de la situation.

La coutume de Valenciennes a sur cette matière une disposition toute différente. « Deux conjoints par mariage (porte l'art. 22), peuvent ravestir l'un l'autre par lettres pardevant échevins du lieu de leur domicile, pour immeubles; et pour meubles, pardevant échevins et jurés de cattel ». Quelques réflexions donneront à ce texte tous les éclaircissemens dont il a besoin.

D'abord, ne semble-t-il pas que la coutume attribue aux juges domiciliaires des époux une autorité trop étendue, en établissant la nécessité de passer devant eux les actes de ravestissement pour l'usufruit des biens situés hors de leur territoire? Quelques uns diraient, pour justifier cette disposition, que la coutume regarde l'usufruit comme un droit purement personnel et mobilier, en le considérant, non en lui-même, mais dans les fruits qu'il produit, et qui, séparés du fonds, sont de véritables meubles. Mais il suffit de jeter les yeux sur l'art. 23, pour sentir que les rédacteurs n'avaient point sur l'usufruit des idées si éloignées des vrais principes; cet article oblige le survivant de faire insinuer l'acte de ravestissement dans chacune des justices seigneuriales dont les héritages sont mouvans, à peine de nullité; disposition qui prouve bien que la coutume regarde l'usufruit comme un droit vraiment réel et soumis à la seule juridiction des juges fonciers des lieux où sont situés les biens sur lesquels il s'étend. Pourquoi donc veut-elle que la donation qui s'en fait par ravestissement, soit passée devant des échevins du domicile des deux époux? C'est parceque ces juges les connaissent mieux que des juges étrangers, et conséquemment sont plus à portée de décider s'il n'y a séduction ni contrainte dans l'un ou dans l'autre. D'ailleurs, on respecte naturellement les juges dont on dépend immédiatement, et l'on oserait moins devant eux que devant des magistrats étrangers, user de voies illicites, pour surprendre à une femme ou à un mari des libéralités désavouées par son cœur. C'est dans la même vue que les coutumes particulières d'Artois, citées ci-dessus, exigent que les conjoints s'embrassent l'un l'autre en présence des échevins, afin, dit la coutume de Tournai, qui prescrit la même chose, « de montrer publiquement par les ravestissans, qu'ils font les ravestissemens de leur franche et libre volonté, et sans aucune contrainte ».

Mais que signifient ces termes de l'article que nous examinons, *et pour meubles pardevant échevins et jurés de cattel ?* L'opposition du mot *échevins*, placé dans cet article sans désignation de lieu, avec le même mot employé dans la phrase précédente, pour désigner les juges du domicile des époux, cette opposition, dis-je, ne fait-elle pas voir qu'il s'agit ici des échevins de la ville de Valenciennes? Cela ne résulte-t-il pas encore des mots *et jurés de cattel*, joints à *échevins ?* Car il est constant qu'il n'y a de jurés de cattel que dans la ville de Valenciennes : ainsi, dès que la coutume entend par jurés de cattel les officiers établis sous ce nom dans la ville de Valenciennes, il semble qu'on doive également entendre par le mot *échevins*, les juges municipaux de la même ville; autrement il faudrait diviser cette phrase; ce que les règles de la logique ne permettent pas. Ainsi, dans ce système, tous les conjoints, de quelque endroit du chef-lieu qu'ils soient, doivent, pour se ravestir de leurs meubles, se transporter à Valenciennes.

Il faut pourtant convenir qu'en interprétant ainsi la coutume, il est assez difficile de concevoir pourquoi elle n'a pas choisi, pour le ravestissement des meubles, les mêmes ministres que pour celui des immeubles. La raison qui a fait adopter le juge domiciliaire pour l'usufruit des immeubles, semble subsister et même militer avec plus de force pour la propriété des meubles. Mais en méditant cette matière plus sérieusement, on peut trouver une différence réelle entre les deux espèces de ravestissemens : la voici, si je ne me trompe.

Le magistrat, c'est-à-dire le corps échevinal de Valenciennes, est comme le magistrat général et supérieur de tout le chef-lieu. En cette qualité, on peut le considérer comme juge domiciliaire de tous les habitans de ce district; et il est vraiment tel, puisque c'est lui qui, par le moyen des charges d'enquête, juge en première instance tous les procès qui s'élèvent entr'eux. Il est par conséquent censé les connaître et en être plus respecté que tous les autres juges qui lui sont subordonnés. La coutume aurait donc pu le constituer ministre des ravestissemens d'immeubles, comme de ceux qui n'ont pour objet que des meubles; mais elle a considéré qu'ayant restreint, par l'art. 5, sa compétence à recevoir des actes *mobiliers*, elle ne pouvait, sans inconséquence, lui donner le pouvoir de passer des ravestissemens d'immeubles. Aussi trouvons-nous dans les art. 110 et 115, des preuves de son attention à s'accorder toujours avec elle-même. L'art. 110 veut que les testamens qui disposent des biens-

Digitized by Google

fonds, soient passés, ou au moins reconnus par les échevins de la situation; et l'art. 114 ordonne que les testamens qui disposent de meubles, soient passés devant les échevins de Valenciennes ou devant les jurés de cattel. Ainsi la coutume, pour ne pas troubler l'accord qu'elle voulait faire régner dans toutes ses dispositions, et en même temps donner aux ravestissemens d'immeubles des ministres dont la présence produisit le même effet que celle des échevins de Valenciennes, a voulu que ces actes se passassent devant les juges domiciliaires des époux, à la charge d'être ensuite insinués dans les justices des lieux où les biens seraient situés.

Voilà comment je raisonnais d'après le texte de la coutume de Valenciennes, dans la première édition de cet ouvrage; mais je ne connaissais pas alors la manière dont l'usage a interprété ce texte, et je me trompais.

Dans le fait, non seulement les jurés de cattel instrumentent hors de la ville de Valenciennes et dans tout le chef-lieu (1), mais encore c'est devant les échevins domiciliaires que se passent tous les ravestissemens et les actes de dernière volonté dans lesquels il n'entre que des effets mobiliers.

Ainsi, les mots *échevins et jurés de cattel*, employés, soit dans l'art. 22, soit dans l'art. 114 de la coutume, s'entendent des échevins des lieux et des jurés de cattel de Valenciennes. Il n'y a jamais eu de difficulté là-dessus dans l'usage.

Ces mêmes mots *par-devant échevins et jurés de cattel*, nous présentent la question, s'il faut conclure de la conjonctive *et*, que les échevins soient requis conjointement avec les jurés de cattel, ou si l'on doit regarder comme valable un ravestissement passé devant une seule espèce de ces officiers. Ce dernier parti nous paraît le plus conforme à l'esprit de la coutume, qui, en plusieurs autres endroits, accorde aux uns et aux autres le pouvoir d'instrumenter séparement: l'art. 5 est formel sur ce point; et l'art. 114 confirme cette idée, en déclarant que les actes de dernière volonté, qui ne concernent que des biens mobiliers, « se pourront passer par-devant échevins, ou bien par-devant deux jurés de cattel ».

Cela posé, combien faut-il de jurés de cattel ou d'échevins pour la passation d'un ravestissement? A l'égard des jurés de cattel, il paraît, en interprétant cet article par les autres que l'on vient de citer, que deux suffisent: c'est en effet le nombre déterminé par ces textes. Quant aux échevins, aucun passage de la coutume ne fixe le nombre nécessaire pour la validité des actes qu'ils reçoivent; mais de ce silence même il résulte qu'il en faut au moins deux, et que ce nombre est suffisant. *Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est*, dit la loi 12, D. *de testibus*.

(1) L'art. 114 de la coutume prouve clairement qu'ils en ont le droit.

La coutume du chef-lieu de Mons est plus rigoureuse en cette matière que celle de Valenciennes. Elle veut, pour la passation d'un ravestissement, la présence de *quatre échevins, jurés ou personne de loi* du domicile du mari: c'est la disposition précise du chap. 35.

Le même chapitre laisse à douter si, dans cette coutume, la présence de la femme est absolument nécessaire à la passation d'un ravestissement. La négative semble résulter de ces termes: « Un homme demeurant à Mons, ou ès mêtes du chef-lieu, puissant et en état de ravestissement de ses meubles, le peut faire, etc. ». L'art. 19 du chap. 29 des chartes générales paraît confirmer cette opinion: « L'homme pourra disposer du retour de son côté par ravestissement ou testament au profit de sa femme ». Telle est aussi la disposition de l'art. 90 de la coutume de Binche, qui est locale de celle de Mons. Mais comme toutes les autres coutumes veulent que la femme comparaisse avec le mari, il est bon, observe Dumées, qu'elle en fasse de même en Hainaut, pour prevenir toute difficulté; et tel est, ajoute-t-il, l'usage.

Le conseil de Dumées est fort judicieux; mais ce qu'il dit de l'usage, n'est pas exact. Je trouve dans le recueil manuscrit de M. Tahon, conseiller au conseil souverain de Mons, qu'un arrêt de ce tribunal, du 20 novembre 1709, rendu entre Marie-Françoise Lecomte, et Laurent Chrétien, mari d'Adrienne Lecomte, d'une part, et don Antonio Morsbocq, de l'autre, a déclaré valable le ravestissement fait par le nommé Degré, sans l'intervention de sa femme, nommée Florence Blomart; et qu'en prononçant de la sorte, tous les juges sont convenus que cela était, à la vérité, contraire aux principes et aux coutumes voisines, mais conforme *à l'usage constant et invariable du chef-lieu de Mons*.

Dumées nous apprend que divers arrêts du parlement de Flandre ont déclaré nuls des ravestissemens qui, au lieu d'être faits en présence d'échevins, avaient été passés pardevant notaires. Il n'y a point de difficulté dans cette décision: les coutumes qui ont admis le ravestissement, ont prescrit, chacune à son égard, la forme dans laquelle il doit être passé: cette forme en est la condition *sine quâ non*; il n'est donc pas permis de la négliger pour en adopter une autre.

Mais que dirons-nous d'une autre question que propose Dumées, et qui consiste à savoir si les ravestissemens, avant d'être passés devant les échevins, ne doivent pas être reçus par des notaires? Cet auteur embrasse l'affirmative, parceque, dit-il, les raisons qui ont donné lieu à l'établissement des notaires et des tabellions, c'est-à-dire, la nécessité de rendre les actes authentiques, et de les conserver dans un dépôt sûr, influent sur les ravestissemens comme sur les ventes. — Ces raisons prouvent bien qu'il serait plus convenable d'appeler des notaires à la passation de ces actes: mais serait-ce une nullité de n'y employer que le ministère des

Digitized by Google

échevins? c'est ce que nous ne saurions nous persuader. S'il fallait des devoirs de loi pour operer un ravestissement, on pourrait peut-être adopter l'avis de Dumées; parceque l'édit de 1675 annulle les deshéritances et adhéritances données sur des actes non mis en grosse, scellés et signés d'un tabellion. Mais comme il ne faut en cette matière ni dessaisine ni saisine (1), on ne peut pas argumenter de cette loi pour contester la validité d'un ravestissement passé devant un nombre competent d'échevins sans intervention de notaires. On ne serait pas plus fondé à invoquer l'édit du mois de février 1692, qui défend à tout autre officier qu'aux notaires, dont il porte création dans les Pays-Bas, de passer et recevoir *aucuns contrats et autres actes de notaires*. Ces termes prouvent bien clairement que le législateur n'a voulu compreudre dans sa prohibition que les actes ordinaires, et non ceux dont les coutumes, par des motifs particuliers, ont attribué la confection aux juges municipaux; or, tel est, sans contredit, le ravestissement: la preuve en résulte des raisons développées ci-dessus, relativement à l'art. 22 de la coutume de Valenciennes. D'ailleurs, point de milieu; si les actes de cette espèce ne peuvent être reçus par les échevins seuls, ils peuvent l'être par les notaires seuls; car l'édit de 1692, en défendant à tous autres qu'à ces derniers, de recevoir des actes notariaux, décide assez nettement qu'ils doivent les passer sans assistance d'autres personnes publiques, et sur-tout d'échevins; or, il est prouvé par les arrêts du parlement de Flandre, dont nous avons fait mention sur la questiou précédente, que les notaires sont incompétens pour recevoir seuls des actes de ravestissement. Ainsi, on ne peut rien inferer de cet édit contre la validité de ces actes, quand ils sont passés devant les échevins du domicile des conjoints, sans intervention de notaires. Ce qu'il y a de bien certain, c'est que l'usage général de toutes les coutumes de ravestissement les reconnait pour valables; et une observation plus décisive encore, c'est que les coutumes des ville et cité d'Arras, de Bapaume, du pays de Lalen, réformées dans ce siècle, et long-temps après l'émanation des lois qui ont interdit aux officiers de justice la confection des actes publics, ne font pas la moindre mention des notaires, et se bornent à exiger que les époux comparaissent, en présence de deux échevins, en l'hôtel-de-ville ou au greffe de l'échevinage.

Faut-il que cette comparution soit personnelle, on peut-elle avoir lieu par procureur? Un arrêt rendu au parlement de Flandre le 11 octobre 1690, a jugé, en infirmant une sentence de l'échevinage de Lille, que le ravestissement dont il s'agissait était nul, faute par les époux de n'avoir comparu que par procureur devant les échevins qui avaient été presens à l'acte. Mais on observe que cet arrêt n'a passé que d'une voix, et qu'il n'a pas même eu d'exécution, parceque la partie contre laquelle il était interveuu, ayant pris des lettres de revision, celui qui l'avait obteuu, s'en est désisté par transaction moyennant une somme d'argeut. — La question s'est encore présentée depuis dans la même coutume, et il a été jugé, par arrêt du 28 novembre 1706, après partage porté de la quatrième chambre à la première, qu'un ravestissement passé par procureur était valable. Les officiers de la gouvernance de Lille, dont la sentence faisait la matière de l'appel sur lequel cet arrêt a prononcé, avaient jugé de même; et il y avait des preuves au procès, que tel était depuis long-temps l'usage de la ville de Lille.

Les échevins de Lille ont voulu déroger à cet usage par une délibération de 1737; mais cette deliberation ne pouvait pas changer la jurisprudence reçue au parlement, et cette cour n'y a eu aucun égard dans l'espèce suivante.

Jeau-François Petit et Jeanne-Françoise Dufermont, sa femme, marchands à Roubaix, bourg de la châtellenie de Lille, s'étaient acquis, par leurs travaux et leur économie, un mobilier assez considérable, et comme ils n'avaient point d'enfans à qui ils pussent le laisser, chacun d'eux désirait que l'autre pût en jouir après que la mort de l'un ou de l'autre les aurait séparés. — Malheureusement la coutume de la châtellenie de Lille, qui régissait leur domicile, n'autorisait aucune espèce d'avantage entre conjoints, pas même le don mutuel. — Il y avait pourtant une ressource à cet inconvénient: c'était que le mari profitât du privilége qu'ont tous les habitans de la châtellenie de Lille, de se faire recevoir *bourgeois forains* de la ville de Lille, et qu'ensuite il mît en exercice, avec sa femme, le pouvoir que la coutume de cette ville accorde aux époux revêtus de cette qualité, de *se ravestir l'un l'autre de leurs biens meubles, catteux et héritages réputés meubles*.— Ce fut en effet le parti auquel les deux époux s'arrêtèrent; et, pour le realiser, le mari, incapable par l'état de sa santé, de se transporter à Lille, passa devant notaires, le 26 avril 1779, une procuration contenant pouvoir de prêter en son nom le serment de bourgeoisie.— Le 29 du même mois, les deux conjoints passèrent ensemble une procuration pour se ravestir l'un l'autre devant le prévôt de Lille ou son lieutenant et les échevins. — Ces deux pièces furent présentées au siége municipal de Lille, avec un certificat de médecins qui constatait l'impotence du mari.— La réponse des échevins fut que, selon une délibération arrêtée par leurs prédécesseurs en 1737, il avait été résolu *de ne plus recevoir de bourgeois ni passer de ravestissemens par procuration*. — Petit et sa femme se sont pourvus au parlement, et sur leur requête expositive que les juges inférieurs n'ont pas le pouvoir de faire des réglemens, il est

(1) Excepté dans la coutume de Cambrésis, comme il résulte des deux premiers articles du tit. 9; mais il n'en est pas moins vrai qu'on ne peut, même dans cette province, argumenter de l'édit de 1675, en faveur du sentiment de Dumées. Voyez les lettres-patentes du 24 mai 1773, rapportées aux mots *Devoirs de loi*.

Digitized by Google

intervenu le 15 mai 1779, un arrêt qui a ordonné aux échevins de Lille d'envoyer, dans les trois jours, les motifs de leur refus d'admettre Petit et sa femme à prêter le serment de bourgeoisie, et à se ravestir par procureur. — Les échevins de Lille ayant satisfait à cet arrêt, il en est intervenu un autre le 19 du même mois, qui leur a ordonné de recevoir Petit au nombre des bourgeois forains, et de passer l'acte de ravestissement dont il s'agissait, dans la forme que le demandait Petit, c'est-à-dire, par procureur.

Les actes de ravestissement peuvent-ils être passés dans les maisons des parties contractantes, ou dans celles des ministres qui les reçoivent? Il y a des coutumes où ce serait une nullité de les passer ailleurs que dans l'auditoire de la juridiction échevinale ou au greffe : telles sont celles d'Arras, de Bapaume, de Bethune, du pays de Laleu, qui en ont des dispositions expresses. — Il en est tout autrement à Douai; un acte de notoriété, donné par le corps échevinal de cette ville, le 17 mars 1767, atteste « que lorsque deux conjoints par mariage veulent s'entravestir l'un l'autre par lettres, l'ordinaire est de passer les actes seulement par devant deux échevins, qui se rendent on dans une des salles de l'hôtel-de-ville, ou dans les maisons des parties contractantes, s'ils en sont requis ». — Il paraît qu'il en doit être de même dans la coutume de Valenciennes; c'est ce qui résulte de l'identité de pouvoir qu'elle accorde en cette matière aux échevins et aux jurés de cette il est certain que ces derniers n'ayant pas de juridiction, ni par conséquent d'auditoire, peuvent recevoir les ravestissemens par-tout où ils se trouvent, pourvu que ce ne soit pas hors du chef-lieu de Valenciennes : il en doit donc être de même des échevins, puisque l'art. 22 les met sur la même ligne que les jurés de cattel, et n'établit aucune différence entre les uns et les autres. — En général, on peut dire que, dans toutes les coutumes qui n'ont là-dessus aucune disposition, soit expresse, soit implicite, ces sortes d'actes peuvent être passés en quelque endroit que ce soit du territoire des échevins, parce qu'ils n'appartiennent point à la juridiction contentieuse.

§. II. *Comparaison du ravestissement par lettres avec le don mutuel.*

Quoique le ravestissement des coutumes des Pays-Bas ressemble assez au don mutuel des coutumes de France, il y a néanmoins entre l'un et l'autre plusieurs différences qu'il est important de bien saisir, pour ne pas les confondre en tout, comme font quelques uns, et pour ne pas toujours rejeter, avec ceux qui les croient tout-à-fait disparates, l'application que l'on peut faire à l'un des principes de l'autre.

La santé des deux conjoints, la non existence d'enfans, l'égalité des biens, sont les trois conditions principales du don mutuel, considéré par rapport à la coutume de Paris, qui forme à cet égard le droit commun du royaume. L'usufruit des meubles et des conquêts de la communauté en est l'effet : donner caution, et avancer les dettes du prédécédé, voilà quelles en sont les charges. Voyons si tout cela convient au ravestissement.

I. *Comparaison du don mutuel avec le ravestissement, par rapport à la santé des deux conjoints.* M. Pollet soutient, en son recueil d'arrêts du parlement de Flandre, qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité d'un ravestissement par lettres, que les deux époux soient en santé; et il rapporte une sentence des maieur et échevins de Lille, qui a déclaré valable un ravestissement passé dans un temps où le mari jouissant de la meilleure santé, la femme était attaquée d'une maladie dont elle était morte quatre jours après l'acte. Ce magistrat se fonde sur ce qu'il n'est pas permis de suppléer aux coutumes ce qu'elles n'expriment pas, et sur ce que le ravestissement par lettres est assimilé par la coutume de Lille au ravestissement de sang; or il est bien certain que le ravestissement de sang aurait lieu, quoiqu'au temps de la naissance de l'enfant qui lui donne l'être, l'un des conjoints fût malade, et l'autre en santé.

Nous ne saurions approuver ce sentiment; et les raisons sur lesquelles il est appuyé, ne sont pas difficiles à détruire. Il est vrai qu'en général on ne doit pas ajouter aux coutumes; mais cette règle a ses exceptions comme toutes les autres. Il est permis d'ajonter aux coutumes tout ce qui est dans la nature des choses dont elles parlent; or, l'égalité de santé dans les deux époux, est absolument dans la nature d'un ravestissement; si l'un des ravestissans est malade, celui qui se porte bien reçoit avec une assurance presque certaine de ne rien donner, et l'autre donne sans espérance de recevoir; ce qui détruit entièrement la réciprocité, qui est l'ame de ces sortes d'actes, comme l'exprime parfaitement le mot *Entravestissement*. S'entravestir, c'est se revêtir l'un l'autre des biens que l'on possède chacun de son côté, et cela doit s'entendre *cum effectu*; car donner ses biens, à un moribon, pour avoir les siens en cas qu'on lui survive, c'est un acte simulé, qui, de la part de celui qui se porte bien, forme un marché pareil à celui du lion de la fable, et qui, du côté du malade, doit être considéré plutôt comme un testament que comme un ravestissement. Ainsi, dans les coutumes qui interdisent aux conjoints les donations à cause de mort, un tel acte retomberait dans le cas de la prohibition; mais il ne pourrait pas, par cette raison, valoir comme testament dans les coutumes qui leur permettent de tester en faveur l'un de l'autre : un testament ne peut être valable, qu'autant que le testateur a eu dessein de faire un acte de cette espèce. Ici, il est bien certain que le conjoint moribond ne veut pas tester, mais faire avec l'autre une convention onéreuse, un contrat *do ut des* : ce serait donc blesser son intention, que de faire valoir le ravestissement comme un testament. D'ailleurs, un

Digitized by Google

testament, pour être valable, doit être fait d'un seul contexte, et sans mélange d'autre acte. Or, le ravestissement en question contiendrait deux actes différens : savoir, une disposition à cause de mort de la part du moribond, et une donation entre-vifs de la part de celui qui se porte bien; ce qui romprait le contexte nécessaire à un testament, et formerait un mélange d'actes proscrit par les lois romaines et par l'ordonnance de 1735.

Ainsi, l'égalité de santé doit être regardée comme une condition essentielle à la validité d'un ravestissement, soit dans les coutumes qui autorisent les donations à cause de mort entre conjoints, soit dans celles qui les défendent. Parmi ces dernières, celle de Cambrésis en renferme une disposition expresse : « Un ravestissement fait entre deux conjoints, étant l'un d'iceux malade de maladie dont il meurt, n'est vaillable ». C'est ce que porte l'art. 7 du tit. 9.

Cette disposition a été étendue à la province du Hainaut par deux arrêts du conseil souverain de Mons, que je trouve dans le Recueil manuscrit de M. Tahon.

Le premier est celui du 20 novembre 1709, que j'ai déjà cité. Après avoir rejeté différens moyens qui étaient proposés par les héritiers de Florence Blomart contre le ravestissement fait par son mari, il se fixe à celui qu'ils fondaient sur la phthisie dont cette femme était atteinte lors de cet acte, et dont ils soutenaient qu'elle était morte quinze mois après; et en conséquence il ordonne qu'il sera informé « si, au temps du ravestissement, Florence Blomart était *alitée* et jugée etique par avis de médecins, d'une manière à faire craindre une mort prochaine; si, depuis ce temps, quoique relevée de son lit, elle n'était pas toujours restée languissante et étique jusqu'à sa mort, sans avoir recouvré la santé ».

Le second arrêt est du 11 décembre suivant. Il a jugé *in terminis* que le ravestissement fait pendant la maladie dont est mort l'un des conjoints, est nul, comme fait en fraude de ses héritiers. Les parties plaidantes étaient Philippe Broyes et Jean Paridaens.

Mais jetons un coup d'œil sur la coutume de Lille, à laquelle M. Pollet applique principalement son système. Sa raison, comme je l'ai remarqué plus haut, est que cette coutume établit une parfaite analogie entre le ravestissement par lettres et le ravestissement de sang. Mais en quoi consiste cette analogie? L'art. 15 du tit. 5 assimile ces deux droits, en ce que l'existence d'un enfant né d'un mariage antérieur, fait obstacle à l'un et à l'autre; l'art. 16, en ce que l'un et l'autre *sortit effet nonobstant devise ou condition de mariage, s'il n'y est spécialement dérogé;* les art. 14 et 15, en ce que l'effet de l'un et de l'autre est de donner au survivant la propriété de tous les meubles réels et fictifs du premier mourant; l'art. 18, en ce que ni l'un ni l'autre n'empêche le mari de disposer des biens de la communauté. — Voilà les seuls points dans lesquels la coutume assimile ces deux espèces de ravestissement. Or, suivant M. Pollet lui-même, on ne doit pas étendre les décisions des coutumes: ainsi, de ce que celle de Lille a établi quelqu'analogie entre le ravestissement par lettres et le ravestissement de sang, on ne doit pas conclure que cette analogie soit universelle, et qu'il faille appliquer à l'un tous les principes qui conviennent à l'autre. Mais dans le silence de la coutume, il faut consulter son esprit, pénétrer ses motifs, étudier la nature particulière des deux espèces de ravestissemens, en déduire les principes propres à chacune; et de cette opération, il resultera clairement que la santé des deux conjoints est aussi nécessaire à la validité d'un ravestissement par lettres qu'à celle d'un don mutuel.

Que le ravestissement de sang ait lieu, quoiqu'au temps de la naissance de l'enfant qui le produit, le mari soit attaqué d'une maladie qui l'emporte au tombeau, il n'y a rien en cela qui choque la nature de ce ravestissement; c'est un privilège que les coutumes ont attaché à la naissance d'un enfant : ce privilége est indépendant de la volonté des conjoints; ceux-ci n'y ont aucune part, et par conséquent, pour savoir s'il a lieu, on doit seulement considérer s'ils ont rempli la condition dont il est la récompense, c'est-à-dire, s'ils ont donné le jour à un enfant, et non s'ils se portaient bien l'un et l'autre lorsque cet enfant est né. Cela est si vrai, que la mort même du mari, arrivée avant l'accouchement de la femme, n'empêcherait pas celle-ci de profiter de tous les avantages de ce droit. Comment dire après cela que le ravestissement par lettres est égal en tout point au ravestissement de sang? Et comment peut-on se faire de cette prétendue conformité, un moyen pour prouver que la santé des deux conjoints est indifférente à la validité ou à la nullité d'un ravestissement par lettres?

Mais que dirons-nous par rapport à l'égalité d'âge? M. Pollet ne la croit pas nécessaire en cette matière, et son avis ne nous paraît pas susceptible de difficulté. Ce serait aller contre l'esprit des coutumes que d'exiger une pareille condition, lorsqu'elles ne l'exigent point elles-mêmes, tant parcequ'il est rare de trouver cette égalité entre deux conjoints, que parceque rien n'étant plus incertain que l'heure de la mort, le plus âgé peut espérer de survivre au plus jeune. Aussi plusieurs auteurs français décident-ils que l'égalité d'âge ne fait obstacle au don mutuel que dans les coutumes qui en parlent, comme Nivernais, art. 27; Auxerre, art. 222; Senlis, art. 144. Un arrêt du parlement de Flandre du 17 juillet 1693, confirmé en révision le 9 août 1696, a jugé, dans la coutume de Lille, que le comte de Genay, âgé de trente ans, et son épouse, âgée de soixante-six, avaient pu se ravestir valablement l'un l'autre par lettres.

L'arrêt du conseil souverain de Mons, du 20 novembre 1709, dont nous avons déjà parlé, a jugé la même chose pour la province de Hainaut. Florence Blomart était beaucoup plus âgée que son

Digitized by Google

mari; mais cette circonstance fut regardée comme insuffisante pour annuller l'acte de ravestissement qu'avait fait ce dernier; et M. Tabon, qui était l'un des juges, et dans le Recueil duquel nous avons puisé cet arrêt, assure positivement que, sans la maladie dont on a vu ci-devant que la preuve fut ordonnée, la disposition aurait été confirmée sans difficulté.

II. *Comparaison du don mutuel avec le ravestissement, par rapport à la non existence d'enfant.* Le don mutuel convient encore avec le ravestissement par lettres, en ce que la non existence d'enfant de l'un ou de l'autre conjoint est une condition requise pour le second acte comme pour le premier. — N'oublions cependant pas une observation importante. Dans les coutumes de France, l'existence d'enfans, soit communs aux deux époux, soit particuliers à l'un d'eux, empêche indistinctement le survivant de recueillir l'effet du don mutuel, c'est-à-dire, de jouir de l'usufruit des meubles et des conquêts. Il n'en est pas de même dans les coutumes des Pays-Bas; elles mettent une différence entre les enfans communs et ceux que l'un des conjoints a eus d'un autre mariage: quand des conjoints en premières nôces ont des enfans, ils ne peuvent à la vérité se ravestir par lettres, mais la loi y supplée par le ravestissement de sang, dont les effets sont absolument les mêmes que ceux du ravestissement par lettres; au lieu que quand l'un des deux conjoints a des enfans d'un premier mariage, non seulement ils sont tous deux incapables de se ravestir par lettres, mais ils n'en sont pas dédommagés par le ravestissement de sang; c'est du moins ce qui résulte et de la lettre et de l'esprit des différentes coutumes particulières de la châtellenie de Lille, de celle de Cambresis, de Valenciennes, et de plusieurs autres endroits, qui ne donnent lieu au ravestissement de sang qu'entre les conjoints en premières nôces.

Ainsi, les coutumes de France et des Pays-Bas s'accordent entre elles, en ce que les unes ont établi le don mutuel par le même motif que les autres ont établi le ravestissement par lettres, c'est-à-dire, pour consoler les époux de la stérilité de leur mariage. Mais elles diffèrent entre elles, en ce que les coutumes de France favorisent plus les enfans que celles des Pays-Bas, puisque dans le cas où ils existent, elles privent leur père et leur mère des avantages dont ceux-ci jouiraient s'ils pouvaient se faire un don mutuel.

III. *Comparaison du don mutuel avec le ravestissement, par rapport à l'égalité des biens entre les deux conjoints.* Une des principales conditions requises par les coutumes de France et par les auteurs qui les ont commentées, pour la validité d'un don mutuel, est que les époux y fassent entrer autant de biens l'un que l'autre; ce qui est une suite de cette autre maxime établie par l'art. 230 de la coutume de Paris, et étendue par la jurisprudence des arrêts et la doctrine des auteurs, aux coutumes muettes, que le don mutuel ne peut comprendre que ce qui est commun entre les conjoints au jour du décès du premier mourant. En effet, dès qu'un acte de cette nature ne peut avoir pour objet que des biens dans lesquels les conjoints ont chacun leur moitié, il est impossible que l'égalité des biens ne soit pas de l'essence du don mutuel.

D'après cela, il nous sera aisé de décider si la même égalité est requise dans le ravestissement par lettres. Pour y parvenir, nous devons distinguer deux sortes de ravestissemens: l'un dans lequel n'entrent que des biens qui, par les lois de la société conjugale, sont communs aux deux époux; l'autre dans lequel entrent aussi les propres, à l'effet d'en assurer l'usufruit au survivant.

Parmi les coutumes de la première classe, les unes exigent que les époux soient en communauté pour se ravestir valablement: telles sont celles des ville et cité d'Arras, de Bapaume, du pays de Lalleu; les autres ne preservent rien à cet égard; telles sont celles de Douai, de Lille, de Seclin, etc.: mais un point sur lequel celles-ci se trouvent d'accord avec celles-là, c'est que ce n'est point par limitation ni restriction qu'elles ne font entrer dans le ravestissement que des biens communs aux deux époux, mais par l'effet d'une fiction qui leur est particulière; car en mettant tous les biens dans la classe des meubles, elles les rendent tous propres à entrer en communauté, et conséquemment le ravestissement qu'elles admettent ne peut comprendre d'autres biens que ceux qu'elles déclarent communs aux deux époux.

Cela posé, je dis d'abord que dans les coutumes de la première classe, qui ne permettent aux conjoints de se ravestir qu'autant qu'ils sont en communauté, l'égalité des biens doit être regardée comme une condition essentielle au ravestissement, parceque cet acte est à cet égard susceptible de l'application directe et entière de la raison pour laquelle la coutume de Paris demande l'égalité de biens dans le don mutuel. C'est ce qui a été jugé au conseil provincial d'Artois il y a quinze à seize ans: il s'agissait d'un ravestissement que le sieur Dupuis, conseiller en ce tribunal, avait fait avec son épouse, et dont ses héritiers demandaient la nullité; leur moyen résultait de ce que le contrat de mariage n'accordait à la dame Dupuis, en cas de survie, que la moitié des effets de la communauté, au lieu qu'il en donnait la totalité au mari dans le même cas; circonstance qui, rompant l'égalité des mises respectives que les époux avaient faites dans le ravestissement, devait emporter la nullité de cet acte; et c'est ce qu'a effectivement décidé le jugement rendu sur cette contestation.

La question souffre plus de difficultés par rapport à celles d'entre les coutumes de la première classe, qui gardent le silence sur le point de savoir s'il faut que les conjoints soient en communauté pour se ravestir valablement. — Ce qui pourrait faire regarder l'égalité de biens comme aussi nécessaire dans ces coutumes que dans celles dont nous venons de parler, c'est que, ne donnant effet au ravestissement que sur les biens

Digitized by Google

de la communauté, elles semblent supposer que les époux ont dans ces biens chacun leur juste moitié; d'où il paraît que si les conventions matrimoniales empêchent qu'à la mort de l'un des conjoints, les biens communs ne se partagent également entre le survivant et les héritiers du défunt, il ne peut y avoir lieu à un ravestissement valable; sans quoi l'on serait forcé de convenir que les coutumes, en permettant ces sortes d'actes, indépendamment de l'égalité des biens, ont ouvert elles-mêmes un moyen d'éluder la prohibition des avantages entre conjoints.

Ces raisons nous paraissent décisives pour la question considérée dans la thèse générale, mais elles perdent leur force dès qu'on les applique aux coutumes particulières dont il s'agit ici.

Premièrement l'art. 13 du chap. 3 de celle de Douai autorise les conjoints à se faire telles donations entre-vifs et testamentaires qu'ils jugent à propos. Ainsi la conséquence qu'un ravestissement dans lequel il n'y a pas égalité de biens de la part des deux époux, dégénère en donation indirecte, ne prouve absolument rien contre la validité d'un pareil acte considéré suivant les principes de cette coutume.

Secondement, les coutumes de Lille, de Seclin, de la Bassée, de Comines, et les autres coutumes locales de la châtellenie de Lille, défendent, à la vérité, les donations simples entre conjoints; mais elles leur permettent de se ravestir *nonobstant toutes devises et conditions de mariage, s'il n'y est spécialement dérogé*. Cette disposition nous fait voir que, pour connaître la matière du ravestissement, il faut considérer les biens des deux époux dans l'état où ils sont aux termes de la coutume, et abstractivement aux conventions matrimoniales, à moins qu'elles n'ôtent expressement aux conjoints la faculté de se ravestir. Or, il est indubitable qu'en faisant abstraction du contrat de mariage, le ravestissement doit avoir tout son effet, malgré l'inégalité des apports respectifs des conjoints, puisque la communauté légale embrassant toutes leurs possessions et toutes leurs propriétés, de quelque nature qu'elles soient, il est impossible de trouver entre eux la moindre différence, quant à la quantité de biens qu'ils font respectivement entrer dans le ravestissement, à moins que l'on ne fasse attention aux clauses de reprise, de retour et autres semblables que leur contrat de mariage peut contenir; ce que la coutume ne permet pas en cette matière.— C'est ce qui a été jugé pour la ville de Lille, par un arrêt du parlement de Flandre, du 17 juillet 1693, confirmé par un autre rendu en révision le 9 août 1696. Par le contrat de mariage du comte de Genay avec la veuve de M. le président de Bray, il était stipulé que le mari, en cas de survie, rendrait aux héritiers de la femme tous les biens de la communauté, à l'exception d'une somme de cinquante mille florins qu'il pourrait retenir. Les deux époux se sont ravestis par lettres; la femme est morte la première; les héritiers ont attaqué le ravestissement, se fondant sur l'inégalité d'âge et sur celle des biens. On a vu plus haut que le premier moyen a été rejeté; le second n'a pas eu un meilleur succès. Les arrêts cités ont confirmé la sentence des mayeur et échevins de Lille, qui avaient ordonné l'exécution du ravestissement.

A l'égard des coutumes de la seconde classe, c'est-à-dire, de celles de Cambresis, de Valenciennes, etc., où le ravestissement n'est pas borné aux biens de la communauté, mais s'étend aussi aux propres dont il assure l'usufruit au survivant, il est hors de doute que l'égalité de biens doit y être considérée comme tout-à-fait indifférente à la validité d'une donation de cette espèce. En effet, il est presque impossible de trouver deux conjoints entre lesquels il y ait une égalité parfaite de propres; il faut donc, ou que le ravestissement ne leur soit accordé que comme une faculté illusoire, ou que la condition dont il s'agit ne soit point nécessaire pour le rendre valable.

Mais au moins ne faut-il pas que les conjoints aient, chacun de leur côté, des biens à mettre dans le ravestissement? Par exemple, de deux époux qui veulent se ravestir, l'un a cent arpens de terre qui lui sont propres, l'autre n'a pour tout bien que sa part dans les meubles de la communauté: le ravestissement sera-t-il valable? Il faut répondre affirmativement par rapport aux meubles, et négativement par rapport à l'usufruit des immeubles. Nous avons vu que, dans les coutumes dont nous parlons ici, le ravestissement de meubles n'a rien de commun avec le ravestissement d'immeubles: ainsi l'un peut subsister sans l'autre. Dans l'espèce proposée, celui des meubles est valable, parceque chacun des conjoints y fait entrer quelque chose de son côté: celui des immeubles est nul, parceque l'un des conjoints met tout, et l'autre rien; ce qui est contraire à la réciprocité, l'ame de ces sortes de dispositions. Cette réciprocité exigerait, à la rigueur, une égalité parfaite de biens: si les coutumes dont il s'agit se sont relâchées sur ce point, elles n'ont pu au moins dispenser l'un des conjoints de mettre quelque chose dans le ravestissement: autrement il n'y aurait plus la moindre réciprocité, et par conséquent plus de pacte mutuel.

La coutume de Cambresis contient là-dessus des dispositions très précises. L'art. 1er du tit. 9 porte que « ravestissement entre deux conjoints, tant pour les meubles que pour les héritages de main-ferme.... doit être.... réciproque.... — L'art. 2 décide que, pour être un ravestissement entre deux conjoints bon et vaillable, au regard de leurs héritages et biens immeubles de main-ferme, il est requis que chacun des deux conjoints ait héritages main-fermes de son chef et côté en Cambrai ou au pays de Cambresis, et que les devoirs de loi en soient réciproquement faits ». — L'article suivant ajoute que « si deux conjoints ravestissent l'un l'autre seulement pardevant une loi ou justice, et l'un ou les deux n'aient héritages en ladite seigneurie, tel ravestissement vaudra seulement pour les meubles ». — Ces différens textes nous conduisent na-

Digitized by Google

turellement à la conséquence qu'il n'est pas, à la vérité, nécessaire, pour un ravestissement, que les conjoints possèdent autant de propres l'un que l'autre; mais qu'il faut au moins qu'on puisse dire que chacun y met quelque chose.

De là naît une autre question. Deux époux ont chacun des propres régis par des coutumes de ravestissement; mais tous ceux du mari sont, par exemple, dans le chef-lieu de Valenciennes, et tous ceux de la femme dans une autre coutume: pourront-ils s'en donner l'usufruit par ravestissement? La coutume de Cambresis se déclare pour la négative, en exigeant, par l'art. 2 du tit. 9, comme une condition essentielle, que chacun des conjoints ait des biens situés dans son territoire, et non ailleurs: par conséquent si, dans notre espèce, les propres de la femme sont situés en Cambresis, le ravestissement ne peut avoir lieu. — A l'égard du cas où ils se trouveraient dans une coutume muette sur cet objet, il paraît d'abord que l'on doit y appliquer la décision de la coutume de Cambrai. En effet, chaque coutume fait loi dans son ressort; elle commande aux actes qui s'y passent, sans avoir égard à ceux que l'on peut faire au dehors; elle gouverne les biens qui y sont situés, sans s'inquiéter de ceux qui sont situés ailleurs. Ainsi, dans l'espèce proposée, il y a deux ravestissemens, l'un pour les biens situés dans le chef-lieu de Valenciennes, l'autre pour ceux qui sont régis par une autre coutume. Or, on ne trouve pas dans chacun de ces actes, considéré à part, la réciprocité qui en forme l'essence, et conséquemment ils sont nuls. En vain chercherait-on à couvrir cette nullité en les considérant ensemble et comme un seul acte; cela n'est pas praticable, parce qu'encore un coup les deux coutumes n'ont aucun rapport entre elles.

Voilà ce qu'on peut dire de plus fort pour la nullité de ces ravestissemens; mais voici ce qui nous fait pencher à les regarder comme valables. Toutes les coutumes, il est vrai, commandent chacune dans son ressort; mais, semblables aux juges de différens territoires, elles ont, pour ainsi dire, des égards les unes pour les autres; elles s'entr'aident lorsque leur concours est nécessaire pour assurer l'effet de leurs dispositions communes. Par exemple, les coutumes de Poitou, du Maine, d'Anjou, de Touraine, d'Angoumois, de Saintonge, etc., ne permettent à un testateur de disposer de ses acquêts que lorsqu'il a une certaine quantité de propres. On a demandé s'il faut pour cela que les propres soient situés dans la même coutume que les acquêts, et l'on a toujours décidé que non. Imbert, en son *Enchyridion*, rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé, dans la coutume de Poitou, après une enquête par turbes. Loüet en rapporte un autre du 17 juin 1606. Boullenois prouve la même chose fort au long dans ses observations sur Rodemburg; et il cite, à l'appui des raisons qu'il avance, un acte de notoriété du présidial de Poitiers, du 20 mars 1705.

On sent l'analogie de cette espèce avec la nôtre. Dans un cas comme dans l'autre, il est également question de biens régis par des coutumes différentes; et dans un cas comme dans l'autre, on demande si les biens d'une coutume peuvent donner lieu à la disponibilité de ceux qu'une autre coutume rend indisponibles quand ils sont isolés. Dans l'un de ces deux cas, on décide pour l'affirmative; pourquoi déciderait-on autrement dans l'autre? Le but des coutumes, qui est de rendre les ravestissemens réciproques, est également rempli, soit que la réciprocité provienne des biens que les deux époux ont dans le même territoire, soit qu'elle provienne de ce que le mari en a dans une coutume, et la femme dans une autre.

On objectera peut-être que dans ce cas, il faudrait que le ravestissement se fît par deux actes séparés. Or, dira-t-on, Duplessis, Le Maître et Bourjon estiment que le don mutuel doit être fait par un seul acte, et qu'il serait nul, s'il était fait par deux actes dans chacun desquels l'un des conjoints ferait sa donation à l'autre, par la raison que la mutualité doit se trouver dans l'acte même.

Je réponds 1°. qu'il n'est pas toujours nécessaire, dans l'espèce proposée, d'employer deux actes pour faire un ravestissement: c'est ce que j'examinerai plus particulièrement dans la troisième section de cet article. Je réponds, 2°. que le sentiment de Duplessis, de Le Maître, de Bourjon, ne fait pas une loi, et que plusieurs s'en sont écartés. Dumoulin, sur l'art. 325 de la coutume d'Anjou; Ricard en son *Traité du don mutuel*, et Rousseaud de la Colombe en sa *Jurisprudence civile*, soutiennent la validité d'un don mutuel fait par deux actes séparés, pourvu qu'ils soient faits en contemplation l'un de l'autre. Cet avis est d'autant plus admissible, qu'il n'est point contraire à la nature du don mutuel ou ravestissement, et que, loin d'être rejeté par les dispositions des coutumes, il est formellement adopté par celle de Cambresis, tit. 9, art. 4.

Enfin, il est si vrai que le ravestissement peut avoir lieu dans le cas où l'un des conjoints a tous ses biens situés dans une coutume différente de celle qui régit tout le patrimoine de l'autre, que les auteurs français ne font aucune difficulté d'admettre le don mutuel en pareil cas. — On peut même appliquer ici un exemple tiré de la jurisprudence belgique. La coutume d'Utrecht permet à deux conjoints de se donner à cause de mort, l'usufruit de leurs immeubles; mais elle ne tolère ces donations que quand elles sont réciproques (ce qui revient absolument au ravestissement par lettres, tel qu'il est reçu dans les coutumes de Cambresis, de Valenciennes, etc.) Voët, en son Commentaire sur le Digeste, se propose la question, s'il ne faut pas, pour établir cette réciprocité, que chacun des conjoints ait des biens dans la province d'Utrecht, ou s'il suffit qu'ils en aient, l'un dans cette province, l'autre dans une coutume étrangère, qui permette ces sortes de donations; et il ne balance pas à embrasser ce dernier parti.

IV. *Comparaison du don mutuel avec le ravestis-*

Digitized by Google

sement, par rapport aux effets avantageux qui résultent de l'un et de l'autre. On a donné ci-dessus un détail précis des différens avantages que chaque coutume des Pays-Bas attache au ravestissement. D'après cela, il est aisé de voir en quoi cette manière de disposer diffère sur ce point du don mutuel, qui n'embrasse, dans la plupart des coutumes, que l'usufruit des meubles et des conquêts; mais cette différence doit plutôt son origine à la volonté arbitraire des rédacteurs des coutumes, qu'aux principes résultans de l'essence même des actes; et par conséquent elle ne doit porter aucune atteinte aux conséquences que nous avons déduites ci-dessus de l'identité que l'on remarque entre le don mutuel et le ravestissement dans les points qui tiennent à leur nature, et, pour ainsi dire, à leur ame.

V. *Comparaison du don mutuel avec le ravestissement, par rapport à l'obligation de donner caution.* La coutume de Paris oblige le donataire mutuel de donner caution, tant pour les meubles que pour les conquêts; et ce n'est même que du jour qu'il a présenté une caution suffisante, qu'elle lui accorde le droit de faire les fruits siens. Il n'en est pas tout-à-fait de même dans le ravestissement. Le survivant n'est point obligé de donner caution pour les meubles, en quelque coutume que ce soit, ni pour les immeubles dans les différentes coutumes d'Artois et de la province de Lille, pareequ'il en a la propriété; mais je ne doute pas qu'il n'y soit tenu dans les coutumes de Cambresis, de Valenciennes et autres semblables, pour l'usufruit des immeubles : il est vrai qu'elles sont toutes muettes sur ce point; mais elles renvoient au droit écrit la decision des cas qu'elles n'ont pas décidés. Or, il est constant, aux termes des lois romaines, que tout usufruitier doit donner caution, soit qu'il tienne son droit d'un testament ou d'un acte entre-vifs. En vain chercherait-on à éluder ces lois, sous prétexte qu'elles n'auraient pas lieu à l'égard de deux époux. La loi première, C. *de usufructu*, prouve le contraire, et décide même que celui de deux époux qui lègue à l'autre l'usufruit de ses biens, ne peut valablement le décharger de l'obligation de donner caution.

Mais le défant de remplir cette obligation ne doit pas toujours empêcher le survivant de faire les fruits siens en vertu du ravestissement. Les lois romaines n'ordonnent pas à l'usufruitier d'offrir la caution; il suffit qu'il ne soit pas constitué en retard par les héritiers. Ainsi le survivant gagne les fruits sans donner caution, tant qu'on ne la lui demande pas; mais dès qu'une fois la demande en est formée, il doit y satisfaire, à peine de privation des fruits qui échoiront après son retard. V. la loi 2, §. 1, D. *quod legatorum*; la loi 1, §. 1, D. *ut in possessionem legatorum*; Wesel sur les ordonnances d'Utrecht, art. 11, n°. 60; et Voët sur le Digeste, liv. 7, tit. 9, n°. 11.

Boullenois, en ses observations sur Rodemburg, rapporte un arrêt du parlement de Paris dont voici l'espèce. Un homme et une femme, après s'être mariés à Paris, avaient transféré leur domicile à Lille, où ils s'étaient fait un don mutuel avec décharge de caution; ils étaient ensuite revenus à Paris, où le mari était décédé, laissant pour tout bien une maison à Auteuil, qui était un conquêt. La veuve demanda délivrance de son don mutuel, avec offre de donner caution. L'affaire resta en suspens durant six ans, au bout desquels les héritiers firent assigner la veuve, pour l'obliger à donner la caution qu'elle avait offerte. Celle-ci prit alors des lettres de rescision contre son offre, et soutint n'être pas tenue d'y satisfaire, parceque l'acte avait été passé dans la coutume de Lille, qui en décharge, disait-elle, le donataire mutuel, et que, pour juger de l'obligation de donner caution, il faut toujours consulter le temps et le lieu où l'acte a été passé. Nonobstant ces raisons, elle fut déboutée, par arrêt du 3 mars 1731, de l'entérinement de ses lettres de rescision, et condamnée à donner caution.

Boullenois applaudit à cette décision; et la considérant comme ayant jugé que l'obligation de donner caution se règle, en fait de don mutuel, par la loi du lieu où le premier mourant est décédé, s'efforce de la justifier, et d'en faire voir la conformité avec tous les principes de la matière.

On nous permettra de faire là-dessus deux réflexions.

La première est qu'il n'y aurait pas eu de difficulté dans l'espèce rapportée par cet auteur, si les défenseurs des héritiers avaient fait attention aux dispositions de la coutume de Lille. Cette coutume ne dispense pas le survivant des conjoints qui se sont ravestis, de donner caution; mais, par l'effet qu'elle attribue au ravestissement, elle rend inutile la demande d'une caution; car, dans cette coutume, le ravestissement comprend la propriété de tous les meubles et immeubles des époux. Aussi ne parle-t-elle pas de caution. On avait donc tort, dans l'espèce proposée, d'argumenter de ses dispositions pour la décharge de donner caution : mais les héritiers auraient pu, avec plus de fondement, invoquer les lois romaines, que la coutume admet à son défaut, et soutenir que ces lois, obligeant tout usufruitier de donner caution, la veuve ne pouvait s'y refuser dans son propre système, puisque ces lois avaient régi l'acte passé à Lille entre elle et son mari.

En second lieu, faisons abstraction de la coutume de Lille, supposons l'acte passé dans une coutume quelconque qui décharge expressément le donataire mutuel ou le ravesti de donner caution. Dans ce cas, nous pensons, contre l'avis de Boullenois, que le survivant doit jouir de cette décharge, non seulement pour les biens situés dans la coutume où l'acte a été passé, mais encore pour ceux que régit une coutume qui exige une caution. Le ravestissement ou don mutuel n'est pas une donation à cause de mort, c'est une espèce de

Digitized by Google

donation entre-vifs, ou plutôt, c'est un contrat onéreux qui contient une obligation reciproque et irrévocable. Or, il est de principe, que c'est la loi du lieu où se passe le contrat, qui règle les cas où les contractans sont tenus de donner caution. Boullenois combat à la vérité ce principe; mais la loi 6, D. *de evictionibus*, le met hors de doute: *si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.* Ce texte tranche la question. En vain Boullenois oppose-t-il qu'avant le décès du premier mourant, les biens qui doivent entrer dans le don mutuel, sont incertains et indéterminés; et que dès là, on ne peut pas dire où ils seront situés. Cela est vrai; mais en conclure que c'est par la loi du lieu où ces biens se trouveront à la mort de l'un des conjoints, qu'il faut regler le cautionnement, c'est une conséquence évidemment fausse: la loi du contrat décide seule, suivant le texte cité, en quelque lieu que les biens soient situés. Ainsi, peu importe que la situation soit fixe ou ambulatoire; d'une façon comme de l'autre, elle n'entre pour rien dans la décision.

VI. *Comparaison du don mutuel avec le ravestissement, par rapport au paiement des dettes.* Le survivant de deux conjoints qui ont fait entre eux un don mutuel, est obligé, dans la coutume de Paris, de payer la moitié des dettes du premier mourant, en qualité de commun en biens, et d'avancer l'autre moitié, en qualité de donataire mutuel. Je dis *avancer;* car, après sa mort, ses héritiers peuvent repéter cette derniere moitié à la charge des héritiers du prédécédé. Mais dans les coutumes des Pays-Bas, le ravesti paye toutes les dettes, et même les frais funéraires du prédécédé, par la raison qu'il n'est pas borné, comme le donataire mutuel, à la propriété de la moitié des biens de la communauté et à l'usufruit de l'autre moitié, mais qu'il est propriétaire de tous les meubles et effets réputés tels, espèce de biens que ces coutumes obligent spécialement au paiement des dettes.

Il peut arriver dans quelques unes de ces dernières coutumes, comme on l'a vu plus haut, que deux conjoints se ravestissent seulement de leurs meubles, ou seulement de l'usufruit de leurs immeubles. Quelles seront en ce cas les charges du survivant relativement aux dettes de la communauté? Un principe bien simple décide la question: comme on vient de le dire, les coutumes des Pays-Bas affectent particulièrement les meubles au paiement des dettes; ils en sont le siège principal: et ce n'est qu'après la disenssion de l'héritier mobilier, que l'on peut s'adresser aux héritiers des immeubles. Les art. 160 et 161 de la coutume de Valenciennes, et l'art. 1er du tit. 15 de celle de Cambresis, en ont des dispositions expresses. De là il résulte que, dans ces coutumes, le survivant de deux conjoints qui ne se sont ravestis que de leurs meubles, est tenu de payer toutes les dettes, comme si le ravestissement de meubles avait été joint à celui d'immeubles; et que le survivant de deux conjoints qui ne se sont ravestis que de leurs immeubles, n'est obligé à aucune dette, mais seulement à l'entretien des édifices et à l'acquit des charges foncières: cela est fondé tant sur ce que le droit romain n'impose point d'autre obligation à un simple usufruitier, que sur ce que les art. 9 et 10 de la coutume de Valenciennes, et l'art. 6 du titre 9 de celle de Cambresis, ont attaché l'obligation de payer les dettes à la propriété des meubles dévolue au survivant de deux conjoints entre lesquels est intervenu un ravestissement de sang ou par lettres, et l'obligation d'entretenir et de *dérenter* les biens, à l'usufruit des immeubles du prédécédé. — Mais observez que le mot *dérenter*, employé par ces coutumes pour *acquitter les rentes*, ne tombe pas seulement dans celle de Valenciennes sur les rentes foncières, et qu'il comprend encore les rentes personnelles, hypothéquées sur des fonds; au lieu que dans la coutume du Cambresis, cette expression ne désigne que les charges purement réelles; de manière que le ravesti n'est pas même tenu des arrérages que produisent pendant sa jouissance les rentes constituées sur les immeubles du prédécédé: cela résulte de ce qu'ont jugé trois arrêts du parlement de Flandre des 24 décembre 1712, 13 juillet 1714 et 10 octobre 1715, rapportés par M. le président Desjaunaux.

C'est une question assez ordinaire de savoir si le ravesti confond en lui-même les créances qu'il avait à exercer contre le défunt: par exemple, s'il a été stipulé par le contrat de mariage, que le mari, en cas de survie, aura, outre la moitié des biens de la communauté, une certaine somme hors part et par forme de préciput, pourra-t-il, en vertu du ravestissement, prendre tous les meubles, et se faire payer la somme sur les propres de la femme? Duplessis fait, par rapport au don mutuel, une distinction qui peut s'appliquer au ravestissement. Si le contrat de mariage affecte cette somme sur les propres de la femme, le mari doit l'avoir séparement; mais s'il l'affecte sur la part de la femme dans les biens de la communauté, le mari la confondra en lui-même, parcequ'en prenant tous les meubles, il devient débiteur de toutes les dettes dont ils sont chargés.

Voici une espèce assez semblable à cette dernière hypothèse. — Le comte de Genay, dont nous avons déjà parlé, était convenu, en épousant la dame veuve de Bray, qu'en cas de survie, il serait tenu *de rendre aux prochains héritiers d'icelle les biens qu'elle avait portés audit mariage, sans charge d'autres dettes que de celles dont ils se trouvaient lors chargés, sous condition néanmoins que sur lesdits biens sujets à restitution, il retiendrait la somme de 50,000 florins.* — On a déjà dit que les deux époux se sont ravestis quelque temps après la célébration du mariage; et que le ravestissement, après avoir été contesté par les héritiers de la femme, a été déclaré bon et valable par deux arrêts du parlement de Flandre. — Le comte de Genay,

Digitized by Google

ne se contentant pas du mobilier de la communauté dont le ravestissement lui déférait la propriété entière, prétendait encore prendre, en vertu de son contrat de mariage, une somme de 50,000 florins sur les immeubles; mais il a été déboute de sa demande par arrêt du 20 novembre 1705, confirmé par un autre rendu en révision le 14 octobre 1707. — Il faut remarquer que la coutume de Lille répute meubles et fait entrer en communauté toutes les espèces de biens. La dame de Bray avait des immeubles, et dans cette coutume, et dans plusieurs autres, qui sont à cet égard conformes au droit commun. Ainsi, en admettant la distinction établie ci-dessus entre le cas où le préciput est assigné sur la part de la femme dans la communauté, et celui où il doit se prendre sur les biens propres, toute la question se réduisait à savoir si la clause portant que le comte de Genay, en cas de survie, restituerait les biens apportés en mariage par sa femme, en retenant sur leur valeur une somme de 50,000 florins, ne devait s'entendre que des immeubles situés dans la coutume de Lille, qui étaient des biens de communauté légale, ou si on devait l'appliquer à ceux des autres coutumes qui étaient propres de leur nature? On a jugé que ceux-ci n'étaient pas compris dans la clause, parceque la restitution étant de droit à leur égard, n'avait pas eu besoin d'être stipulée. De là on a inféré que le préciput de 50,000 florins était assigné sur les biens réputés meubles de la coutume de Lille; et comme le survivant prenait ces biens à titre de ravestissement, on a décidé qu'il y avait confusion par l'effet de la reunion de la propriété des biens chargés d'acquitter la creance dans la personne du créancier même.

Nous avons dit que les actions du ravesti ne se confondent point, lorsqu'elles doivent s'exercer sur les propres du premier mourant; par la même raison, on doit dire que les sommes qu'il peut devoir aux héritiers de celui-ci, pour le remplir des propres aliénés, ne se confondent pas non plus. Le parlement de Flandre l'a jugé ainsi par arrêt du 19 avril 1703, en condamnant le comte de Genay à la restitution des deniers provenans de la vente des propres de sa femme, avec les interêts depuis la dissolution du mariage.

§. III. *Questions particulières sur le ravestissement par lettres.*

I. Peut-on valablement stipuler dans un contrat de mariage, que les conjoints n'auront point le droit de se ravestir l'un l'autre? La negative est adoptée implicitement par Rodemburg, Wesel et Voët. Ces auteurs soutiennent que la clause d'un contrat de mariage qui ôte aux conjoints la liberté que la coutume leur accorde de s'avantager, est nulle; et ils se fondent sur deux lois romaines, savoir, la 27, D. *de regulis juris*, et la 51, D. *de legatis* 1er, dont l'une porte que les conventions des particuliers ne peuvent déroger au droit public; l'autre, que personne ne peut soustraire son testament à l'empire des lois.

Mais ce système que la subtilité romaine aurait peut-être admis, ne peut pas convenir à la simplicité de nos mœurs. Le premier et le plus grand de tous les principes de notre jurisprudence est, que les contrats de mariage sont sacrés et susceptibles de toutes les clauses qui ne sont ni prohibées par les coutumes, ni contraires aux bonnes mœurs. Or, celle dont nous parlons, n'est defendue par aucune coutume, et certainement elle ne blesse pas les mœurs, puisque son seul objet est d'assurer la tranquillité des époux, en les empêchant de s'obséder mutuellement de caresses ou de menaces pour dépouiller leurs héritiers respectifs.

Une autre raison qui doit faire regarder cette clause comme très légitime, c'est qu'on ne donte pas que deux conjoints ne puissent s'interdire indirectement les avantages réciproques que la coutume leur permet de se faire, en stipulant, par exemple, que leurs biens respectifs appartiendront, après leur mort, à telle personne qui, par sa présence au contrat de mariage et son acceptation, assurerait l'irrevocabilité de ce retour. Or, ce qu'ils peuvent faire indirectement, pourquoi ne pourraient-ils pas le faire directement? N'est-ce pas la même raison de part et d'autre? Aussi ne croyons-nous pas que cette question, si elle se presentait dans nos coutumes, souffrit beaucoup de difficultés. Elle a déjà été jugée en France par rapport au don mutuel. Auzanet, sur l'art. 280 de la coutume de Paris, rapporte un arrêt du 19 juin 1640, qui a décidé que cette manière de s'avantager pouvait être interdite par contrat de mariage.

II. La clause que les meubles et immeubles de la communauté seront partagés également entre le survivant et les héritiers du premier mourant, fait-elle obstacle au ravestissement par lettres, surtout lorsque le contrat de mariage renferme une renonciation générale à tous usages et coutumes contraires aux stipulations qu'il contient? Remarquez que la question est la même par rapport au ravestissement de sang et à la condition de *dernier vivant tout tenant*, adoptée par la coutume générale d'Artois.

Cette question a été agitée très souvent, et a partagé les sentimens d'un grand nombre de jurisconsultes. On ne manque pas de raisons de part et d'autre: voici celles dont on se sert pour établir l'affirmative.

Rien n'est plus sacre parmi nous que les contrats de mariage; les clauses qu'ils renferment ne peuvent recevoir la moindre atteinte. Si ce principe est universellement reconnu par rapport aux conventions ordinaires de ces sortes d'actes, à plus forte raison doit-il s'appliquer à celles qui donnent des droits certains aux héritiers respectifs des deux conjoints. Or, quand il a été stipulé, par un contrat de mariage, que les meubles et acquêts seront partagés également entre le survivant et les héritiers du pré-

Digitized by Google

décédé, ceux-ci ont, sur la moitié des biens de la communauté, un droit qu'on ne peut leur ôter en tout ni en partie : *quod nostrum est, sine facto nostro nobis auferri non potest.*

Cette opinion est soutenue de plusieurs arrêts. Le conseil d'Artois a jugé, le 16 mai 1641, qu'une telle clause emportait d'elle-même dérogation au ravestissement de sang. Il a depuis jugé le contraire le 3 decembre 1695; mais sa sentence a été infirmée par arrêt du parlement de Paris, du 10 juillet 1696. La même chose a été jugée relativement à la condition de dernier vivant tout tenant, par quatre autres arrêts du même parlement, rendus dans la coutume d'Artois, les premier septembre 1703, 27 mars 1706, 13 mai 1707 et premier septembre 1713. Les espèces en sont rapportées par Maillart et par Brunel. — On appuie encore cette opinion d'un arrêt du parlement de Flandre, du 11 août 1766, rendu en faveur du sieur Trachez contre la demoiselle Crespelle, et confirmé par un autre rendu en révision le 22 mars 1767. En voici l'espèce. Le sieur Horin et la demoiselle Belgrade son epouse, étaient convenus, par leur contrat de mariage, que leurs conquêts se partageraient également entre les héritiers du prédécédé et le survivant, et que celui-ci serait encore viager de l'autre moitié. Les deux époux ayant perdu l'espérance d'avoir des enfans, se sont ravestis l'un l'autre en présence de deux échevins de Douai, lieu de leur domicile; mais après la mort de la femme, le sieur Trachez, son héritier légitime, a attaqué le ravestissement et l'a fait déclarer nul par les deux arrêts cités.

Quelque spécieuses que soient les raisons sur lesquelles cet avis est fondé, quelque fortes que paraissent les autorités dont on l'étaie, le sentiment contraire nous paraît plus juste et plus conforme aux vrais principes. — La stipulation concernant le partage des biens de la communauté, n'est qu'un *règlement ab intestat*, qui, par sa nature, ne peut mettre aucun frein à la liberté que la coutume donne aux époux de disposer de ces biens en faveur l'un de l'autre ou d'étrangers. (V. *réglement ab intestat.*) La clause *nonobstant tous usages et coutumes contraires* ne pourrait être regardée comme dérogeant à la faculté dont nous parlons, qu'autant que les stipulations du contrat de mariage seraient incompatibles avec le ravestissement. Or, il n'y a aucune incompatibilité entre la faculté de se ravestir, et la stipulation d'un partage égal des biens de la communauté entre le survivant et les héritiers du premier mourant. Les conjoints, en stipulant ce partage, n'ont fait qu'adopter les dispositions de la coutume qui l'établissent également; et comme d'autres dispositions de la même coutume leur accordent la faculté de se ravestir, ils sont aussi censés se l'être conservée tacitement. En effet, la coutume n'ordonne le partage égal qu'au cas qu'ils ne se ravestissent point: on doit donc dire qu'ils ne l'ont stipulé que dans la même hypothèse; car on est toujours présumé, en contractant, s'écarter des lois le moins qu'il est possible, comme le dit Dumoulin en son conseil 53, sur une question analogue à celle-ci.

Vainement oppose-t-on que la stipulation dont il s'agit donne aux héritiers respectifs des deux conjoints un droit acquis au partage égal des biens de la communauté. Cette stipulation, comme on vient de l'observer, ne renferme qu'une disposition *ab intestat*, et ne lie aucunement les mains aux conjoints : c'est ce que décident, dans des espèces semblables, la loi 12, D. *de jure dotium;* et la loi 11, D. *de dote prælegatâ.* — Non seulement les deux conjoints peuvent disposer des biens qui sont l'objet de pareilles clauses en faveur d'étrangers, comme l'établissent les lois citées, mais encore ils peuvent se les donner l'un à l'autre par les voies que la coutume autorise. Cela résulte de la loi 37, §. 24, D. *de legatis* 3°.

Pour empêcher les conjoints de disposer en faveur l'un de l'autre, il faudrait stipuler que le survivant aura la moitié des biens de la communauté, et que l'autre retournera à tels et tels nommément désignés et acceptans. Dans ce cas, sans doute, ceux en faveur desquels la stipulation est faite, ont sur cette moitié un droit qui leur est acquis et que l'on ne peut conséquemment leur ôter malgré eux; mais s'ils ne sont désignés que sous l'expression générale d'*héritiers*, la stipulation faite en leur faveur laisse aux conjoints une liberté entière; car elle ne pourrait lier les mains à ceux-ci qu'autant qu'elle serait acceptée par ceux qu'elle concerne. Or, il est sensible qu'elle ne peut pas l'être dans cette hypothèse; car, quoique ceux qui assistent au contrat de mariage et qui le signent, soient les plus proches parens des conjoints, on ne peut cependant pas dire qu'ils en soient les héritiers: *viventis non est hereditas.*

Une comparaison achèvera de mettre notre avis dans le plus graud jour. La loi 6, D. *si quis omissâ causâ testamenti*, décide qu'un testateur qui, en institnant pour son héritier celui que la loi appelle à la succession, le charge de legs en cas qu'il l'appréhende *ab intestat*, n'est pas pour cela censé lui permettre de l'appréhender à ce titre, mais qu'il ne fait que prévoir le cas où son testament cesserait de pouvoir être exécuté. Ne peut-on pas dire, par la même raison, que deux conjoints, en stipulant que la communauté sera partagée également, ne font que prévoir le cas où il n'y aurait point de ravestissement par lettres, mais qu'ils ne s'ôtent pas le droit d'en faire un?

Cet avis mérite d'autant plus d'égards, qu'il est adopté par la plupart des coutumes de ravestissement. Telle est celle de Lille, qui porte, tit. 5, art. 16 : « Ravestissement de sang ou par lettres, nonobstant devise ou condition de mariage, s'il n'y est spécialement dérogé ». Telles sont encore les coutumes de Seclin, art. 2, et de Commines, art. 20. Celles d'Arras, art. 7; de la cité d'Arras, art. 5; du bailliage de Bapaume, art. 9; du pays de Laleu, art. 21, qui renferment exactement la même disposition; elle y a été ajoutée dans la dernière ré-

Digitized by Google

daction de 1741, et cette addition a été faite, comme le prouve le procès-verbal de la coutume d'Arras, à la demande des trois états de la province d'Artois. On n'a point eu d'égard aux arrêts cités par Maillart et Brunel; on a reconnu que la décision que leur prêtent ces deux auteurs, portait une atteinte manifeste à l'esprit des coutumes de ravestissement: aussi voyons-nous que la plupart des jurisconsultes qui ont écrit sur la jurisprudence de cette province, tels que Desmazures, Hébert et Maillart lui-même, ont soutenu constamment l'opinion que nous défendons ici.

Cette opinion a d'ailleurs été confirmée par un arrêt du parlement de Paris du 4 juin 1681, qui, en infirmant une sentence du conseil d'Artois du 13 avril 1680, a ordonné l'exécution d'un ravestissement fait par deux époux dont le contrat de mariage contenait une clause de partage égal entre le survivant et les héritiers du premier mourant.

Nous ignorons si la jurisprudence de cette cour a changé depuis; et si les arrêts cités par Maillart et Brunel qui paraissent prouver ce changement, sont véritablement applicables à l'espèce. Mais ce que nous pouvons assurer, c'est que ceux des 11 août 1766 et 22 mars 1767, rendus au parlement de Flandre en faveur du sieur Trachez, n'ont décidé rien moins que notre question.

Le sieur Trachez employait différens moyens contre le ravestissement qu'il attaquait. Il soutenait, 1°. que la clause de partage insérée dans le contrat de mariage, avait été aux époux la faculté de se ravestir; 2°. que le ravestissement était irrégulier dans la forme, par deux raisons: la première, parcequ'il n'avait pas été passé dans l'auditoire des échevins, mais dans la maison des conjoints; la seconde, parceque le jour de la confection de cet acte était un dimanche; 3°. que ce ravestissement avait été extorqué à la femme par les artifices et les caresses insidieuses de son mari. — On lui répondait, sur le premier moyen, que la clause de partage ne forme entre les conjoints et leurs héritiers respectifs qu'un règlement *ab intestat*, incapable par lui-même d'ôter aux premiers la faculté de s'avantager mutuellement: sur le second moyen, qu'il était d'un usage constant à Douai de passer les ravestissemens dans les maisons des particuliers; et on rapportait, pour le prouver, un acte de notoriété dont nous avons fait mention ci-dessus: sur le troisième, que les ravestissemens n'étant pas des actes de justice, mais de simples conventions, peuvent, aussi bien que les autres contrats, être passés les jours de fêtes. — On a su, lors de l'arrêt de 1766, combien ces réponses avaient fait d'impression sur les juges. On se rappelle encore que la pluralité des voix tendait à la confirmation du ravestissement; mais que M. le premier président d'Aubers a tout fait changer de face, d'abord en avouant que l'acte ne pouvait être attaqué par aucun des trois premiers moyens du sieur Trachez, ensuite en soutenant que celui de la suggestion employée par le mari, était décisif, et que la preuve en résultait de la multiplicité et du concert frauduleux des actes passés par la femme au profit de son mari. Enfin, on a été instruit, lors de l'arrêt de révision, que le nombre des juges qui opinaient pour la réformation de l'arrêt de 1766, avait surpassé celui des juges qui en soutenaient le bien jugé; mais que l'incompatibilité des suffrages, occasionnée par la parenté de quelques uns des premiers, avait fait pencher encore une fois la balance en faveur du sieur Trachez. — Toutes ces circonstances prouvent sans doute assez clairement que les deux arrêts intervenus dans cette espèce, ont laissé notre question entière.

Ce que nous venons d'établir par rapport à une clause de partage égal des biens de la communauté, il faut, par les mêmes raisons, le dire d'une stipulation de propres. On convient assez généralement que la qualité de propres attribuée à des meubles par un contrat de mariage, ne met aucun obstacle aux libéralités dont celui des époux en faveur duquel la stipulation a été faite, voudrait gratifier l'autre, pourvu que la coutume autorise les avantages entre conjoints, et cela, parceque ces meubles n'ont été réalisés que pour empêcher le mari ou la femme d'en profiter à titre de conjoint, mais non pas à titre de donataire. Pekius le soutient ainsi dans son traité *de testamentis conjugum*; et Renusson, *Traité des propres*, rapporte cinq arrêts qui ont confirmé cette doctrine: ils sont des 9 juillet 1618, 12 mars 1644, 1er avril 1656, 12 février 1674; le cinquième n'est point daté. Le Journal des audiences nous en fournit un sixième du 22 août 1695. — [[*V.* le plaidoyer et l'arrêt du 18 fructidor an 13, rapporté à l'article *Testament.*]]

On doit encore penser, et toujours par une suite des mêmes principes, que deux conjoints peuvent se ravestir nonobstant les stipulations de retour de leurs biens au profit de leurs héritiers respectifs. Il est universellement reconnu que ces sortes de clauses n'empêchent pas les conjoints de se faire des donations simples ou réciproques, quand la coutume les permet, ni même d'y comprendre les biens qui sont l'objet de ces stipulations. Rodemburg en rapporte deux arrêts rendus au conseil souverain d'Utrecht, l'un en révision, l'autre le 23 mai 1627.

Quelques auteurs ont voulu distinguer le cas où les époux traitent eux-mêmes de leurs biens, et celui où le père et la mère dotent leurs enfans. Cette distinction a été adoptée par les art. 19 et 20 du ch. 29 des chartes générales du Hainaut, et par les art. 7 et 8 du ch. 2 de la coutume de Liége; mais elle est aujourd'hui rejetée, et on ne l'observe plus que dans les coutumes qui l'ont admise formellement. C'est ce qui a été jugé par arrêt rendu au parlement de Flandre le 6 juillet 1741, au rapport de M. Odemaer, en faveur des héritiers de Toussaint Delplanque. Ce dernier avait été avantagé par le testament de son épouse, nonobstant une stipulation de retour insérée dans leur contrat de mariage, auquel avaient assisté le père et la mère de chacun des deux conjoints. On prétendait que cette

Digitized by Google

clause renfermait un fidéicommis au profit de leurs héritiers respectifs ; mais l'arrêt cité a proscrit cette prétention, en ordonnant à ceux qui attaquaient le testament, de faire preuve des faits de suggestion qu'ils alléguaient pour moyen subsidiaire.

La même chose a été jugée par arrêt rendu en révision le 21 janvier 1776, au rapport de M. l'abbé de Dion, entre les sieurs Desrasières et les sieurs Dervillers. Par le contrat de mariage du sieur de La Howarderie et de la demoiselle Raoult, la mère de celle-ci lui avait donné 25,000 livres en dot, et avait stipulé que si la future épouse mourait la première, le mari serait tenu de rendre à ses héritiers tout son apport et tous les biens qui pourraient lui échoir pendant le mariage. Cette clause n'empêcha pas la dame de La Howarderie de faire un testament très avantageux à son mari ; mais cet acte fut attaqué après sa mort : on prétendit que le retour stipulé dans le contrat de mariage, lui avait lié les mains, et formait un obstacle invincible à la validité des avantages qu'elle avait laissés à son mari. Sur ce moyen et sur un autre dont nous avons fait mention à l'article *Emprite de testament*, il intervint à la gouvernance de Douai une sentence du 27 mars 1771, qui déclara le testament nul, et adjugea aux sieurs Dervillers, héritiers de la femme, tous les biens compris dans la clause de retour. Cette sentence fut confirmée par arrêt du parlement de Flandre du 5 août de la même année ; mais les sieurs Desrasières s'étant pourvus en révision, la même cour, toutes les chambres assemblées, a déclaré qu'erreur était intervenue dans son arrêt, et a ordonné aux sieurs Dervillers d'abandonner les biens contentieux aux sieurs Desrasières.

III. Lorsque deux conjoints se sont ravestis mutuellement, peuvent-ils encore disposer de leurs biens ?

Il faut distinguer les biens de communauté d'avec les propres de chacun des conjoints.

A l'égard des premiers, il est certain que le mari peut en disposer, même après le ravestissement, pourvu que ce ne soit ni par fraude, ni à titre universel. Il ne porte en cela aucune atteinte aux droits que le ravestissement a donnés à sa femme, parce qu'il ne peut diminuer l'effet de cet acte par rapport à celle-ci, qu'il ne le diminue en même temps pour lui-même. D'ailleurs, les coutumes ne comprennent dans le ravestissement que les biens existans en nature au moment de la dissolution du mariage, ce qui écarte toute espèce de difficulté.

L'art. 18 du tit. 5 de la coutume de Lille est formel sur ce point : « Nonobstant ravestissement de sang ou par lettres, intervenu entre deux conjoints par mariage, bourgeois de ladite ville, le mari demeure seigneur et maître des biens meubles de lui et de sa femme, et en peut disposer à son plaisir et volonté ».

Cette décision ne doit cependant s'entendre que des dispositions entre-vifs. Le mari ne peut, au préjudice du ravestissement, disposer à cause de mort, de meubles ni d'immeubles de la communauté : la coutume donne au survivant des droits à exercer sur les biens qui étaient dans la possession de l'un et de l'autre conjoint au temps du décès du premier mourant ; or, quelque disposition de dernière volonté que celui-ci ait faite, elle n'a pu tomber que sur les biens dont il avait la possession au moment de sa mort : une telle disposition blesserait donc ouvertement les droits acquis au survivant ; ce qui doit nécessairement la faire regarder comme nulle. — Elle est même frauduleuse, car elle diminue les effets du ravestissement à l'égard de la femme, tandis qu'elle les laisse entiers pour le mari. Celui-ci ne peut avoir, en la faisant, d'autres motifs que la crainte de ne pas survivre sa femme, et le désir de la priver des avantages qu'il serait assuré de recueillir lui-même si elle mourait avant lui. Une fraude aussi manifeste emporterait la nullité d'un acte entre-vifs ; à combien plus forte raison doit-elle annuller un acte de dernière volonté ?

De là il résulte, qu'une donation faite par le mari pendant la maladie dont il est mort, ne peut diminuer les droits que le ravestissement donne à la femme, quoiqu'elle soit qualifiée entre-vifs ; on y trouve le même esprit de fraude que dans un testament, et pour être un peu plus déguisé, il n'en est pas moins réel.

Les chartes générales du Hainaut contiennent sur cette matière une disposition bien remarquable. « L'homme ayant fait et passé ravestissement, pourra n'anmoins disposer d'un tiers des meubles pour légations salutaires ». Ce sont les termes de l'art. 26 du chap. 29. La faveur des legs pieux l'a emporté dans l'esprit des législateurs de cette province, sur la force d'une convention irrévocable par sa nature. Mais cette exception même confirme le principe que nous venons d'établir ; et prouve nettement que dans la thèse générale, le mari ne peut faire aucune disposition testamentaire au préjudice du ravestissement.

A l'égard des propres, il semblerait au premier abord, que le mari pût disposer librement des siens après le ravestissement, du moins par actes entre-vifs. Pourquoi, en effet, n'aurait-il pas autant de pouvoir sur des biens dont il est seul propriétaire, que sur des biens dont il n'est propriétaire que par indivis avec sa femme ? — La raison n'est cependant pas la même ; et pour peu que l'on y réfléchisse, on sentira la différence d'un cas à l'autre. Le mari, en disposant d'un conquêt sans fraude, diminue à la vérité l'effet du ravestissement pour sa femme ; mais il le diminue aussi pour lui-même, parce qu'il a autant de droits qu'elle sur ce bien, et qu'il est incertain lequel des deux mourra avant l'autre ; au lieu qu'en disposant d'un propre, il diminue le gain que sa femme espère de faire sur ses biens en lui survivant, et il conserve sur ceux de sa femme les mêmes espérances qu'il avait au moment où le ravestissement a été passé. — Les jurisconsultes Parisiens ajouteraient ici une autre raison ; c'est que par cette disposition le mari fait évanouir l'égalité de biens. J'ai déjà observé que cette égalité n'est

Digitized by Google

point nécessaire dans les coutumes qui font entrer les propres de communauté dans le ravestissement; le moyen que l'on pourrait en tirer, ne prouve donc rien par rapport à ces coutumes, les seules que j'ai ici en vue. — Mais au moins on peut dire, avec plus de fondement, que le mari agit en ce cas avec une mauvaise foi manifeste: sa femme n'aurait peut-être pas consenti au ravestissement, s'il avait eu moins de propres; c'est l'espérance de jouir de ces biens en cas de survie, qui l'a déterminée à la passation de cet acte; et à coup sûr, si elle avait pu prévoir qu'il les aliénerait, elle n'aurait eu garde de lui donner sur les siens des droits que son incapacité d'état l'empêche de diminuer.

Lorsque la femme consent à l'aliénation des propres de son mari, il n'est pas douteux que celui-ci ne puisse y procéder nonobstant le ravestissement. Il faut néanmoins qu'il conserve encore quelques immeubles; car s'il disposait de tout, le ravestissement s'évanouirait faute de réciprocité.

IV. Un ravestissement révoque-t-il de plein droit un testament antérieur? Distinguons les testamens qui contiennent des legs de meubles, d'avec ceux qui contiennent des legs d'immeubles.

Si le legs de meubles contenu dans un testament est universel, point de doute qu'il ne soit révoqué par un ravestissement postérieur, parceque deux dispositions universelles étant incompatibles, il faut que la dernière l'emporte sur la première, sur-tout quand la première est à cause de mort, et la dernière entre-vifs.

A l'égard des legs particuliers, il semble d'abord qu'ils ne doivent pas être révoqués de plein droit par un ravestissement postérieur: c'est un principe constant, que *in toto jure generi per speciem derogatur*; et de là vient que plusieurs textes du droit romain décident qu'un legs particulier n'est point révoqué par un legs universel, quoique postérieur. (*V.* la loi 41, §. 3, D. *de legatis* 3°.; et Godefroy sur la loi 34, §. 6, D. *de legatis* 2°.). Mais pour peu qu'on fasse attention à la nature du ravestissement, on sentira que ce principe ne peut recevoir ici d'application. Nous venons de voir que deux conjoints, après s'être ravestis, ne peuvent plus faire aucune disposition à cause de mort sans le consentement l'un de l'autre; par conséquent les dispositions de cette espèce qu'ils ont pu faire avant le ravestissement, doivent être regardées, après la confection de cet acte, comme non avenues, puisque *devenerunt ad casum à quo incipere non potuerunt*. D'ailleurs on a vu plus haut qu'un ravestissement de meubles doit être général, c'est-à-dire, comprendre tous les meubles que le premier mourant laissera à son décès; si donc on en excepte une partie pour remplir un legs fait avant le ravestissement, ce dernier acte est destitué de son essence, et par conséquent nul. Un legs partielier est donc aussi incompatible avec un ravestissement qu'un legs universel, et la révocation de l'un ne doit pas moins résulter d'un ravestissement que celle de l'autre. Cette conséquence s'applique même aux coutumes qui permettent aux conjoints de ne pas faire entrer dans le ravestissement tous les biens susceptibles de cette forme de disposer; ces coutumes, en effet, exigent une stipulation expresse de la part des ravestissans, pour empêcher que leur acte ne produise tous les effets qu'elles lui attribuent ordinairement: ainsi, dès qu'un ravestissement ne contient point de clause particulière pour l'exécution d'un testament antérieur, ou doit le regarder comme général, et en cette qualité comme révoquant toutes les dispositions à cause de mort qui ont pu être faites auparavant. Penser autrement, c'est ouvrir la porte à la surprise et à la fraude; un mari n'aura qu'à faire un testament en secret et se ravestir ensuite: n'est-il pas evident que la femme sera trompée en ne recevant de son mari qu'une partie de ce qu'il lui promet pour prix des droits qu'elle lui donne sur sa part dans la communauté mobilière?

L'art. 4 du chap. 32 des chartes générales du Hainaut confirme notre décision par l'exception même qu'il y apporte. Il est conçu en ces termes: « Si un homme, après testament, faisait ravestissement de tous ses meubles à sa femme, les ordonnances salutaires ne seront pourtant entendues révoquées, si avant qu'elles n'excèdent le tiers d'iceux biens, ne soit qu'il en soit fait révocation expresse ». On a vu ci-dessus, que ces lois permettent à un mari de disposer, après le ravestissement, du tiers des meubles en legs pieux. C'est cette raison qui fonde l'exception apportée par l'article qu'on vient de lire, au principe qu'un ravestissement fait cesser tous les legs antérieurs.

Ce que nous venons de dire des legs de meubles, reçoit une application directe et entière aux legs d'héritages dans les coutumes où ces biens étant réputés meubles, entrent dans la communauté conjugale et dans le ravestissement, même pour la propriété.

A l'égard des coutumes qui ne font entrer les héritages dans le ravestissement que pour en donner une simple jouissance au survivant des conjoints, il faut distinguer les legs d'usufruit d'avec ceux de propriété. Les premiers, soit universels, soit particuliers, sont révoqués de plein droit par un ravestissement postérieur: on sent l'identité qu'il y a sur ce point entre ces dispositions et celles qui n'ont que des meubles pour objet; ainsi l'on doit appliquer ici toutes les raisons que nous venons de développer.

Il n'en est pas de même des legs de propriété; l'exécution n'en est pas incompatible dans les coutumes dont nous parlons, avec celle d'un ravestissement, puisque le légataire peut, après la mort du ravesti, jouir du bien qui lui est laissé en propriété; de manière que l'usufruit accordé au survivant, ne fait que suspendre et retarder en partie l'exécution du legs. Aussi est-il constant qu'un testateur n'est pas censé révoquer la donation qu'il a faite par son testament, d'un héritage quelconque,

Digitized by Google

par cela seul que dans un codicille postérieur il en lègue l'usufruit à une autre personne. *Fructus adimi potest ut proprietas relinquatur*, dit la loi 2, §. 1, D. *de adimendis et transferendis legatis.*

V. Faut-il que deux conjoints soient domiciliés dans une coutume, pour faire entre eux un ravestissement des biens qu'ils y possèdent?

Il est indubitable qu'on ne peut faire un ravestissement de meubles sans être domicilié dans une coutume qui admette cette forme de disposer; car les meubles ne suivent pas d'autre loi que celle de leur domicile. On a même vu plus haut, que la coutume de Lille exige la qualité de bourgeois dans les conjoints qui veulent se ravestir. Il s'est élevé à ce sujet deux questions fort intéressantes: l'une était de savoir si deux conjoints reçus à la bourgeoisie de Lille, mais domiciliés hors de cette ville et dans le bailliage du même nom, pouvaient se ravestir valablement; l'autre, si en cette matière une femme étrangère par sa naissance pouvait être regardée comme bourgeoise en vertu du mariage qu'elle avait contracté avec un bourgeois. Ces deux questions ont été jugées pour l'affirmative par arrêt rendu au parlement de Flandre le 28 novembre 1706, après partage porté de la quatrième chambre à la première. On s'est déterminé, sur la première question, par l'usage immémorial où l'on était en cette coutume d'admettre les ravestissemens entre bourgeois domiciliés dans la châtellenie de Lille; usage fondé sur l'espèce de confraternité qui règne entre la coutume de la ville et celle du bailliage. Sur la seconde question, la raison de décider a été que la femme suivant en tout point la condition de son mari, on ne doit pas douter, dans les coutumes muettes, qu'une étrangère n'acquière le droit de bourgeoisie en épousant un bourgeois. *V. Bourgeois.*

Mais pour qu'un ravestissement d'immeubles soit valable, faut-il que les conjoints soient domiciliés dans la coutume du lieu où ces biens sont situés? Les coutumes d'Arras, de Bapaume, du pays de Lalen, de Bethune, aux endroits cités dans le commencement de la première section de cet article, se déclarent pour l'affirmative; et ne permettent même aux conjoints de se ravestir des biens qu'elles régissent, qu'autant qu'ils ont été domiciliés dans leurs territoires respectifs lors de la célébration du mariage, et qu'ils le sont encore au temps où se passe l'acte de ravestissement. Mais peut-on étendre cette décision aux coutumes de Cambresis, de Valenciennes, de Douai, et à plusieurs autres qui gardent le silence sur cette question? C'est ce que je ne saurais me persuader. C'est une vérité généralement reconnue aujourd'hui, que la faculté de s'avantager entre conjoints ne dépend que de la loi de la situation des biens: ainsi, de même qu'un mari domicilié en Artois peut profiter du droit que la coutume du chef-lieu de Valenciennes, art. 17, lui accorde de léguer à sa femme un bien situé dans cette partie du Hainaut, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Flandre du 25 janvier 1701, de même aussi, en vertu de l'art. 22 de cette coutume, deux époux domiciliés dans un pays où les avantages entre conjoints sont interdits, peuvent néanmoins se ravestir des immeubles qu'ils possèdent chacun de leur côté dans son ressort. En effet, cette coutume (et il faut dire la même chose de celle de Cambresis, de Douai, etc.) ne restreint point aux personnes domiciliées dans son territoire la faculté de se ravestir; elle parle indéfiniment, et de là on doit conclure qu'elle l'étend à tous ceux qui ont des immeubles soumis à ses dispositions. Cette faculté doit être considérée comme un bénéfice introduit par la coutume en faveur des conjoints: or, dans la question de savoir si l'on peut profiter du bénéfice d'une loi sous l'empire de laquelle on n'est point domicilié, il faut, dit Mevius, *ad jus Lubecense, quest. prælimin. 4, n.* 39, examiner la matière même du bénéfice: si la coutume limite ses privilèges aux personnes domiciliées dans son ressort, ou si elle les leur accorde pour les dédommager des charges auxquelles elle les assujettit, il est clair que les étrangers ne peuvent y participer, même à raison des biens qu'ils possèdent dans cette coutume; mais si ses dispositions ne tombent que sur les biens, sur les actes, sur l'ordre judiciaire, *quis dubitabit*, continue Mevius, *iis frui forensem qui in loco statuti possidet, litigat, contrahit, disponit?* La faculté de se ravestir n'est point limitée par la coutume aux personnes domiciliées dans le chef-lieu de Valenciennes; elle n'est point d'ailleurs introduite pour compenser des charges particulières imposées par cette coutume aux conjoints de son ressort: son objet est un usufruit d'immeubles; cet objet est purement réel; c'est donc comme un statut réel que l'on doit regarder la loi qui l'a établie.

VI. Mais cette décision nous conduit à une autre question non moins embarrassante: des conjoints domiciliés hors de la coutume de Valenciennes, par exemple, seront-ils obligés, pour se ravestir, d'employer toutes les formalités qu'elle prescrit?

Ces formalités se réduisent à deux, de passer l'acte devant les échevins du domicile, et de le faire insinuer dans les trois mois du décès du premier mourant, dans toutes les justices seigneuriales dont relèvent les biens.

Il n'y a point de difficulté par rapport à la seconde formalité; elle n'a été établie que pour affecter les biens d'un droit réel; ainsi elle n'appartient point à l'acte de ravestissement, mais à la chose même qui en est l'objet: c'est parceque cette chose est immobilière, que cette formalité est requise; c'est la qualité même de la chose qui a été le motif de son introduction: par conséquent elle doit toujours être remplie, en quelque lieu et par quelques personnes que l'acte soit passé. Il en est de cette formalité comme des devoirs de loi requis dans tous les pays de nantissement, pour aliéner un héritage, et que tout le monde convient être absolument indépendans de la loi qui régit le contrat et les contractans. C'est d'ailleurs une conséquence directe et immédiate de l'art. 13 de l'édit perpétuel de 1611,

Digitized by Google

et de la déclaration du conseil privé de Bruxelles du 30 juin 1634.

Mais que dirons-nous de la première formalité qui oblige les conjoints de se ravestir devant les échevins de leur domicile? Cette question paraît d'abord devoir être décidée par le même principe que celle qui s'est présentée dans l'espèce suivante.

La coutume du chef-lieu de Mons ne permet les dispositions d'immeubles qu'à ceux qui, ayant les qualités requises, s'en sont déshérités en personne ou par procureur muni d'une procuration spéciale passée devant les échevins de leur domicile. Un habitant de Grenade, en Guienne, avait dans cette coutume des biens dont il voulait disposer: ne pouvant se transporter sur les lieux pour se déshériter, il le fit par procureur. Comme la procuration n'avait pas été passée en présence des échevins de Grenade, mais devant notaires, ses héritiers en ont pris occasion, après sa mort, d'attaquer la disposition qu'il avait faite; on leur a répondu que l'obligation de passer ces sortes de procurations devant les échevins, ne doit être prise à la lettre que pour ceux qui résident dans des lieux où les officiers municipaux peuvent recevoir des actes de cette nature; mais que dans les endroits où il leur est défendu d'en recevoir, comme à Grenade, il doit suffire que les procurations soient passées dans la forme dont elles sont susceptibles. Ces raisons l'ont emporté; et par arrêt du 22 juillet 1720, confirmé en révision le 8 juin 1723, le parlement de Flandre a déclaré la disposition valable.

En appliquant cette décision à notre espèce, ne pourrait-on pas dire qu'un ravestissement passé à Paris devant notaires, serait valable, parceque c'est la forme usitée en cette ville pour le don mutuel, et que d'ailleurs il est défendu à tous les juges de l'intérieur du royaume de recevoir des contrats quelconques? Cette conséquence paraît évidente au premier coup-d'œil; mais examinons-la de plus près.

Pourquoi la coutume oblige-t-elle les conjoints de se ravestir en présence des échevins de leur domicile? Nous avons déjà observé que cette formalité a été introduite pour prévenir la séduction et la contrainte qui pourraient quelquefois déterminer l'un des conjoints à ravestir l'autre: donc elle n'est pas requise pour la preuve et l'authenticité de l'acte; donc, et c'est en quoi elle diffère de celle qui est prescrite par la coutume de Mons pour les procurations à fin de se déshériter, donc ce n'est pas une formalité extrinsèque; donc on doit la mettre au nombre des formalités intrinsèques et substantielles.

Mais la question n'est pas encore décidée; et il ne faut pas conclure de cette différence entre notre espèce et celle qui a été jugée par les arrêts de 1720 et 1723, que l'on ne doive pas juger l'une comme l'autre, quoique par des motifs différens.

En effet, on peut distinguer avec la plupart des auteurs, et la déclaration du 30 juin 1634 semble aussi le faire implicitement, deux sortes de formalités intrinsèques. Les unes sont puisées dans la qualité de la personne, les autres dans la nature de la chose. On ne peut pas dire que la présence des échevins domiciliaires soit requise dans un ravestissement par la nature de la chose, puisque la chose étant immobilière, sa nature, si l'on y avait égard pour la confection de l'acte, exigerait qu'il fût passé devant les échevins du lieu de la situation. C'est donc la qualité même des personnes qui a fait regarder par la coutume dont nous parlons, la présence des échevins domiciliaires comme une formalité essentielle à la validité d'un ravestissement. En effet, on l'a déjà dit, la coutume de Valenciennes, en établissant cette formalité, n'a eu en vue que de prévenir la crainte, la violence, la séduction, motifs qui influent sur la personne, et point sur la chose: par conséquent, cette formalité n'est indispensable que pour ceux dont la personne est sonmise à la coutume qui la prescrit, c'est-à-dire, pour ceux qui sont domiciliés dans la ville ou dans le chef-lieu de Valenciennes.

Nous trouvons dans les Observations de Boullenois sur Rodemburg, deux exemples bien analogues à notre question. L'art. 3 du tit. 17 de la coutume de Malines permet aux conjoints de s'instituer réciproquement héritiers, pourvu que le testament soit passé devant deux échevins de cette ville. Cette formalité est absolument de la même nature que celle dont nous nous occupons ici; elle a été introduite, dit Stockmans, *ne facilè circumveniatur conjux et blanditiis pertrahatur ad testandum, si privatim et extra conspectum gravium virorum res peragatur.* On a demandé si la présence de deux échevins de Malines est nécessaire, lorsqu'un testament par lequel un conjoint dispose au profit de l'autre, d'un bien situé en cette ville, est passé dans une coutume étrangère. Stockmans embrasse l'affirmative, et Christin, sur l'article cité, rapporte un arrêt du 9 octobre 1604 qui a confirmé cette opinion; mais il n'en rapporte aucune circonstance. Boullenois pense, avec fondement, que cette décision ne doit avoir lieu que lorsque les conjoints sont domiciliés à Malines, et non lorsque leur domicile est établi dans une autre coutume.

Une ordonnance rendue par Louis XI pour le Dauphiné, déclare nulles toutes les donations qui n'ont point été faites en présence de trois parens du donateur, et du bailli ou châtelain de son domicile. Cette formalité n'a été prescrite que pour écarter les manœuvres frauduleuses dont le donateur pourrait être le jouet et la victime, comme l'ordonnance l'exprime elle-même: ainsi elle est encore de la même nature que celle de la présence de deux échevins pour un ravestissement. On a donc demandé si la donation d'un bien situé dans le Dauphiné, passée hors de cette province, sans l'observation du statut delphinal, était valable. Deux arrêts du parlement de Grenoble, des 9 mars 1651 et 17 décembre 1652 ont jugé pour la négative; mais, dans l'une et l'autre espèce, les donateurs

Digitized by Google

étaient domiciliés en Dauphiné : s'ils avaient été domiciliés ailleurs, on aurait dû juger autrement; et c'est ce que pense M. Boullenois. Le motif de l'ordonnance, dit cet auteur, étant personnel, ne peut concerner que les habitans du Dauphiné, de même que le statut de Malines, dont on vient de parler, ne doit concerner que les citoyens de Malines. *V. Donation*, sect. 2, §. 3.

De ces deux exemples dérivent deux conséquences bien simples et bien claires : la première, que deux conjoints domiciliés dans le chef-lieu de Valenciennes, ne peuvent se ravestir autrement que pardevant les échevins de leur domicile, quoique par événement ils se trouvent dans un pays étranger; la seconde, que deux conjoints domiciliés dans une autre coutume que celle de Valenciennes, peuvent se ravestir de biens situés dans celle-ci, sans le ministère des juges municipaux de leur domicile.

Mais quelles formalités emploieront-ils donc en ce dernier cas? Si le ravestissement est inconnu dans leur coutume, il est sensible qu'ils ne pourront en employer d'autres que s'ils faisaient un acte ordinaire; dès que l'authenticité s'y trouve, c'est tout ce que l'on peut exiger.

Si le ravestissement est aussi en usage dans la coutume de leur domicile, il faut examiner la nature des formalités dont cette coutume veut qu'il soit revêtu.

Si ces formalites ne tendent qu'à assurer la preuve et l'authenticité de l'acte, et que les époux le passent dans leur domicile, il est clair qu'ils n'en peuvent omettre aucune. Mais s'ils font l'acte dans une coutume étrangère où le ravestissement ne soit pas admis, ils ne doivent employer que des formalités requises par cette coutume pour un acte ordinaire.

Si les formalités prescrites par la loi de leur domicile pour un ravestissement, sont de la même nature que celle de la présence de deux échevins dans la coutume de Valenciennes, c'est-à-dire, si elles sont puisées dans la qualité même des conjoints, ils ne pourront, sans les remplir toutes à la lettre, se ravestir de biens situés, soit dans la coutume de Valenciennes, soit dans toute autre. Car il est constant, et ce principe est fondé sur ce qu'on a dit plus haut, que les formalités introduites par des motifs qui influent sur les personnes, doivent être observées par les personnes domiciliées dans la coutume qui les prescrit, quoique les biens qui en sont l'objet soient situés ailleurs. Ainsi Boullenois, dans la seconde espèce que nous venons de rapporter, décide que l'ordonnance de Louis XI doit être observée par les habitans du Dauphiné, en quelque lieu que se trouvent les biens dont ils disposent, et cela parceque ce statut est personnel. On doit donc dire, par la même raison, que deux conjoints domiciliés à Valenciennes, ne peuvent se ravestir qu'en présence de deux échevins de cette ville, des biens qu'ils ont dans le Cambresis, dans l'echevinage de Douai, ou dans toute autre coutume qui admet le ravestissement, sans restreindre la faculté de se ravestir aux personnes domiciliées dans son ressort.

VII. Mais ce ravestissement passé à Valenciennes, étendra-t-il de lui-même ses effets dans les coutumes dont on vient de parler? Tout le monde sait, et il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, qu'il peut y avoir trois sortes de formalités dans un acte, des formalités probantes, des formalités personnelles, et des formalités réelles. Les premières dépendent de la loi du lieu où l'acte se passe, les secondes de la loi du domicile des parties, et les troisièmes de la loi de la situation.

Dans l'espèce proposée, les conjoints sont domiciliés à Valenciennes, et ils s'y sont ravestis avec toutes les formalités prescrites par la coutume de cette ville: ces formalités sont tout à la fois probantes et personnelles, puisqu'elles assurent l'authenticité de l'acte, et qu'en même temps elles empêchent de soupçonner que l'un des époux ait été séduit ou contraint par l'autre. D'après cela, il est naturel de croire que la disposition qu'ils ont faite, doit s'étendre dans les autres coutumes de ravestissement, quoique celles-ci exigent d'autres formalités probantes et personnelles, parcequ'on a satisfait équivalemment aux unes et aux autres, en remplissant celles que prescrit la coutume de Valenciennes.

Développons cette dernière idée. On n'est tenu de remplir les formalites personnelles d'une coutume, qu'autant que l'on est domicilié sous son ressort. Dans notre espèce, les conjoints sont domiciliés sous la coutume de Valenciennes : il suffit donc, pour se ravestir valablement, qu'ils observent les formalités personnelles qu'elle leur impose; celles que prescrivent les autres coutumes, quoique de la même nature, ne les concernent pas. Ainsi, point de difficulté quant à cette espèce de formalités.

Il n'y en a pas davantage quant aux formalités probantes. Lorsqu'un acte est revêtu de toutes les formes que la coutume du lieu où il est passé, requiert pour le rendre authentique, il étend ses effets par-tout: ainsi, qu'un héritier accepte par bénéfice d'inventaire une succession ouverte en Bourgogne, en Berry, etc., sans prendre de lettres en chancellerie, l'effet de cette acceptation n'en comprendra pas moins les biens de Flandre ou de Bretagne, où l'usage des lettres de bénéfice d'inventaire est indispensable. Pourquoi donc un ravestissement passé dans une coutume avec les formalités qu'elle exige, n'étendrait-il pas ses effets sur les biens situés dans d'autres coutumes qui admettent également cette manière de s'avantager entre conjoints?

Mais en serait-il de même si ces coutumes exigeaient, non d'autres formalités probantes et personnelles, mais des formalites réelles? Non, sans doute; dans ce cas il faudrait observer, non seulement les formalités probantes de la coutume du lieu où l'on se ravestit, mais encore toutes les formalités réelles que chaque coutume prescrit en particulier. Par exemple, dans la coutume de Cambresis, on ne

Digitized by Google

peut, aux termes des art. 1 et 2 du tit. 9, se ravestir sans devoirs de loi, et cette formalité est purement réelle ; ainsi, pour qu'un ravestissement fait à Valenciennes, comprenne les biens que l'un et l'autre conjoint possèdent dans le Cambresis, il faut qu'ils se transportent en personne dans chacune des justices dont ces biens relèvent, afin de se déshériter et adhériter réciproquement. Je dis *en personne*, parceque, suivant l'art. 1 du tit. 5 de cette coutume, on ne peut se dessaisir par procureur.

Il n'est pas toujours aisé de juger de la nature des formalités que prescrit une coutume pour le ravestissement. Par exemple, dans la coutume de Donai, il faut que cet acte soit fait en présence de deux échevins, à peine de nullité. C'est la disposition de l'art. 3 du chap. 1 : cette formalité est-elle simplement probante, c'est-à-dire, n'est-elle établie que pour assurer la preuve de l'acte ? Est-elle personnelle, c'est-à-dire, est-elle établie pour prévenir la violence et la séduction de la part de l'un des conjoints, en même-temps que pour rendre l'acte authentique ? Enfin, est-elle réelle, c'est-à-dire, n'a-t-elle été introduite que pour donner à l'acte la force d'affecter les biens et suppléer aux devoirs de loi que la coutume de Cambresis exige en pareil cas ? C'est ce qu'on ne distingue pas à la première vue ; mais pesons bien toutes les expressions du texte :

« Toutes personnes conjointes par mariage, non ayant eu enfant, peuvent, par lettres, entravestir l'un l'autre en tous leurs biens meubles, catteux et héritages qu'ils ont, et acquérir pourront, constant ledit mariage...., pourvu (en tant que touche lesdites maisons et héritages) que tels Entravestissemens soient faits et reconnus par-devant échevins de ladite ville, en nombre de deux, du moins, à peine de nullité, et que la femme soit autorisée de son mari quant à ce ».

Je remarque d'abord par ces termes, *en tant que touche lesdites maisons et héritages*, que la présence de deux échevins n'est requise que pour les immeubles ; et j'en conclus que cette formalité n'est point personnelle, c'est-à-dire, qu'elle n'a point été introduite par des motifs tirés de la qualité des conjoints, puisque ces motifs seraient les mêmes pour les meubles que pour les immeubles. — En second lieu, la restriction de cette formalité aux immeubles, me fait entendre qu'elle n'a point été introduite précisément pour rendre l'acte probant et authentique, et qu'il doit y avoir quelque chose de réel dans les motifs qui l'ont fait établir. — Je vais plus loin ; j'examine les art. 1, 2, 3, 4 du chap. 5, et l'art. 2 du chap. 3 ; j'y vois que la présence de deux échevins à la confection ou à la reconnaissance d'un acte, *engendre saisine et droit réel* ; d'où je conclus que la formalité prescrite pour le ravestissement des immeubles, est purement réelle, et que, par conséquent, elle doit être exécutée en quelque lieu que l'acte de ravestissement ait été passé.

VIII. Mais voici une autre difficulté. La coutume de Douai rend le survivant de deux conjoints qui se sont ravestis, propriétaire incommutable de tous les meubles et immeubles situés dans son ressort. La coutume de Valenciennes ne lui donne que la propriété des meubles, et l'usufruit des immeubles. Supposons maintenant un ravestissement passé à Valenciennes par des personnes qui y sont domiciliées, et qui ont des biens dans le chef-lieu et dans la coutume de Douai, les effets de cet acte seront-ils bornés, dans la coutume de Douai, à l'usufruit des immeubles, ou en comprendront-ils la propriété ?

Cette question est la même que celle qu'on fait en France, si, pour régler le fond du don mutuel, c'est-à-dire, ce qu'on a pu donner, soit en propriété, soit en usufruit, il faut s'attacher à la coutume du domicile des conjoints, ou à celle de la situation de chaque héritage. Ricard soutient qu'il ne faut consulter que la loi du domicile ; et il se fonde sur un arrêt du 16 mars 1616, qui a jugé qu'un don mutuel passé entre le président Loysel et sa femme, pendant qu'ils demeuraient à Senlis, avait rendu le survivant propriétaire des biens situés dans la coutume de Paris, parceque ces sortes d'actes produisent cet effet dans la coutume de Senlis, quoique dans celle de Paris ils soient bornés à un simple usufruit.

La réfutation de ce sentiment est dans le principe universellement avoué, que tout statut concernant les avantages entre conjoints, est réel. Puisque la question de savoir si un conjoint peut disposer au profit de l'autre de tel héritage, se décide par la coutume de la situation, pourquoi n'en serait-il pas de même de la question de savoir si la faculté de disposer de tel bien est bornée à l'usufruit, ou comprend la propriété ? Il n'y a certainement aucune différence entre ces deux questions ; aussi trouvons-nous dans Soefve un arrêt du 7 janvier 1671, qui a jugé précisément le contraire de celui de 1616.

Ce que nous disons du don mutuel reçoit une application parfaite au ravestissement. Ce sont les mêmes principes qui décident à cet égard dans l'une et dans l'autre espèce d'actes.

IX. Cette comparaison du don mutuel avec le ravestissement nous conduit à une autre question non moins intéressante. Un ravestissement passé dans la coutume de Valenciennes, et revêtu des formes qu'elle prescrit, rendrait-il le survivant usufruitier des conquêts que les deux époux auraient pu faire dans la coutume de Paris ?

On a déjà observé (et c'est une vérité trop claire pour qu'il soit besoin de la développer davantage), que le ravestissement fait dans une coutume qui l'admet, n'étend point ses effets dans les coutumes qui ne l'admettent pas. Celle de Paris est de ce nombre : mais ne peut-on pas dire que le don mutuel dont elle a adopté l'usage, en est l'équivalent ? On a vu ci-dessus en quoi le ravestissement convient avec le don mutuel, et en quoi il en diffère.

Digitized by Google

et de tous les détails dans lesquels nous sommes entrés dans cette comparaison l'on a pu tirer la conséquence, que ces actes sont assimilés l'un à l'autre dans un point qui en forme l'essence commune, c'est-à-dire, dans la réciprocité qu'ils exigent: quant aux autres points, ils ne sont pas de la même importance; et l'on doit plutôt les attribuer à la volonté arbitraire des rédacteurs des coutumes, qu'aux principes puisés dans la nature même des actes. Ainsi, rien ne nous empêche d'identifier le ravestissement avec le don mutuel, à l'effet d'étendre le ravestissement passé dans une coutume des Pays-Bas aux biens situés dans les coutumes de France, et le don mutuel passé dans une coutume de France aux biens situés dans les coutumes des Pays-Bas.

Mais cette identification nous jette dans des questions très difficiles. Nous avons vu que l'égalité de biens est requise dans le don mutuel, au lieu qu'elle ne l'est pas dans le ravestissement. Nous avons vu que le donataire mutuel ne doit qu'avancer les dettes et les frais funéraires du premier mourant, au lieu que le ravesti est obligé de payer ces deux objets, sans que son héritier puisse rien répéter après sa mort contre celui du prédécédé. — De ces deux différences résultent deux grandes difficultés. — Pour qu'un ravestissement passé dans la coutume de Valenciennes, ou dans toute autre qui admet cette forme de disposer, puisse produire l'effet d'un don mutuel dans la coutume de Paris, ou *vice versâ*, faut-il qu'il se trouve entre les deux époux une égalité parfaite ou morale de biens? — Si un ravestissement passé à Valenciennes par des personnes qui y sont domiciliées, produit l'effet d'un don mutuel sur les biens de la coutume de Paris, comment règlera-t-on les charges que le survivant doit supporter? paiera-t-il les dettes et les frais funéraires, suivant la coutume de Valenciennes; ou ne fera-t-il que les avancer, suivant la coutume de Paris? — Telles sont les deux questions que nous avons à examiner.

Pour faciliter la solution de la première, il faut rappeler ici quelques principes déjà établis plus haut.

L'égalité de biens est de rigueur dans le don mutuel, et c'est pour cela qu'il ne peut comprendre d'autres biens que ceux de la communauté; car il arrive rarement qu'il y ait égalité entre les propres respectifs de deux conjoints. Par la même raison, si le contrat de mariage exclut l'un des conjoints de la communauté, il ne peut y avoir de don mutuel, parceque dans ce cas l'un des conjoints donnerait tout, tandis que l'autre ne donnerait rien. C'est ce qu'ont jugé des arrêts des 7 septembre 1673 et 27 août 1678, rapportés au Journal des audiences. Mais un contrat de mariage qui permet à l'un des conjoints d'exclure l'autre de la communauté, en lui donnant une certaine somme, ne fait pas obstacle au don mutuel; il empêche seulement qu'il ne soit porté au-delà de la somme stipulée. Si les conjoints avaient, dans ce dernier cas, compris tous les biens de la communauté dans le don mutuel, l'acte ne serait pas entièrement nul, mais seulement réductible jusqu'à concurrence de la somme. C'est ce que pensent Ricard, Le Maître et Bourjon. Ainsi, un don mutuel qui comprendrait tout à la fois les propres et les biens de la communauté, ne serait pas nul pour le tout; il devrait au moins valoir pour les meubles et les conquêts. Cette proposition est une suite nécessaire de la précédente; cependant Bourjon, qui admet la première, rejette la seconde: mais cette décision n'est fondée sur aucune raison solide.

Le ravestissement se règle par des principes tout différens. — L'égalité de biens n'y est point nécessaire; il suffit qu'il s'y trouve une réciprocité quelconque (1). — L'exclusion entière de l'un des conjoints de la communauté, fait à la vérité obstacle au ravestissement de meubles, mais non à celui d'immeubles, pourvu que chacun des conjoints en ait de son côté. — Si l'exclusion est stipulée moyennant une certaine somme, elle n'empêche pas les conjoints de se ravestir même de tous les biens de la communauté, comme l'ont jugé les arrêts des 17 juillet 1693 et 9 août 1696, rapportés ci-dessus.

Ces principes posés, voyons si l'inégalité de biens entre deux conjoints peut empêcher un ravestissement de valoir comme don mutuel, ou un don mutuel de valoir comme ravestissement.

Cette question peut se présenter dans trois cas différens. — Ou les conjoints n'ont apporté par leur contrat de mariage aucune dérogation aux droits de la communauté légale; et dans ce cas, les meubles et conquêts étant nécessairement communs, il ne peut se trouver d'inégalité entre eux que relativement à leurs propres. — Ou le contrat de mariage exclut tout-à-fait l'un des conjoints de la communauté, — on il ne l'exclut que d'une partie; et dans ces deux derniers cas, l'inégalité se trouve autant dans les propres que dans les meubles et conquêts.

Premier cas. Si deux conjoints entre lesquels il n'y a inégalité de biens que dans les propres, font un ravestissement, il comprendra tous les meubles de la communauté, s'ils sont domiciliés dans une coutume de ravestissement ou de don mutuel; tous les conquêts qu'ils ont dans les coutumes de l'une et de l'autre espèce; et tous les propres qu'ils possèdent dans les coutumes de ravestissement. Il en est de même, s'ils font un don mutuel.

Second cas. Le ravestissement fait par deux conjoints, dont l'un est totalement exclu de la communauté, comprendra seulement les immeubles, soit propres, soit acquêts, qui se trouvent dans les coutumes de ravestissement; mais il n'aura aucun effet sur les meubles qui appartiennent en totalité à

(1) On ne parle point ici des coutumes locales d'Artois, qui admettent l'Entravestissement. On a vu plus haut qu'elles exigent implicitement une égalité parfaite; mais aussi elles bornent l'effet d'un acte de cette nature aux biens situés dans le territoire où il a été passé; territoire qui doit être le domicile des deux conjoints. Il n'en peut donc être question ici.

Digitized by Google

l'un des conjoints, ni sur les conquêts situés dans les coutumes de don mutuel.

Par la même raison, un don mutuel fait par ces conjoints vaudra comme ravestissement dans les coutumes des Pays-Bas, c'est-à-dire qu'il comprendra les immeubles qui y sont situés; mais il sera nul à l'égard de ceux qui sont regis par les coutumes de don mutuel.

La raison de ces deux décisions résulte du principe établi ci-dessus, que l'exclusion totale d'un des conjoints de la communaute fait obstacle au don mutuel et au ravestissement de meubles, mais non au ravestissement d'immeubles.

Troisième cas. Lorsqu'un des conjoints est réduit à une certaine somme pour tout droit de communauté, il faut distinguer si la coutume de leur domicile admet le ravestissement on le don mutuel, ou si elle rejette l'un et l'autre.

S'ils sont domiciliés dans une coutume de ravestissement, le don mutuel ou le ravestissement qu'ils feront, comprendra tous les meubles de la communauté, tous les immeubles, soit propres, soit conquêts, des coutumes de ravestissement; et il affectera les conquêts regis par les coutumes de don mutuel, jusqu'à concurrence de la somme à laquelle sont réduits les droits d'un des conjoints dans la communauté.

Ce sera la même chose s'ils sont domiciliés dans une coutume de don mutuel, excepté que la réduction ne tombera pas seulement sur les conquêts situés dans les coutumes de don mutuel, mais encore sur les meubles de la communauté.

S'ils sont domiciliés dans une coutume qui n'admet ni le ravestissement, ni le don mutuel, le ravestissement on le don mutuel qu'ils feront n'aura aucun effet sur les meubles, parceque les biens de cette nature suivent toujours la loi du domicile.

On voit par les résolutions de ces différens cas, que nous consultons toujours la coutume de la situation, pour savoir quels effets le don mutuel, considéré comme ravestissement, doit produire dans les coutumes des Pays-Bas, et quels effets le ravestissement considéré comme don mutuel, doit produire dans les coutumes de France; et il n'est pas difficile d'en sentir la raison; — Le ravestissement et le don mutuel etant deux actes absolument semblables l'un à l'autre dans ce qui constitue leur essence, il est clair, et nous l'avons prouvé, qu'un ravestissement peut être regardé comme un don mutuel, et un don mutuel comme un ravestissement: or, il est constant, et nous l'avons encore prouvé, qu'un don mutuel passé dans une coutume qui l'admet, produit sur les biens situes dans les autres coutumes qui l'adoptent également, des effets conformes aux dispositions de chacune d'elles; nous avons établi la même chose par rapport au ravestissement: donc, pour déterminer l'exécution d'un ravestissement considéré comme don mutuel, et d'un don mutuel considéré comme ravestissement, on ne peut s'en rapporter qu'aux différentes coutumes qui régissent les biens des conjoints.

La seconde question que nous avons annoncée, consiste à savoir quelle coutume il faut suivre pour déterminer les charges que doit subir le survivant de deux conjoints qui se sont ravestis, tant de leurs biens de Valenciennes que de ceux de Paris.

On sait que la coutume de Valenciennes soumet les meubles au paiement de toutes les dettes; au lieu que, dans la coutume de Paris, les héritiers mobiliers ne font que contribuer avec ceux des immeubles, *pro ratione emolumenti.*

Cela posé, il faut considérer dans quelle coutume les conjoints étaient domiciliés lors de la dissolution du mariage; si c'était à Valenciennes, à Paris, ou dans une coutume qui n'admet ni le ravestissement ni le don mutuel.

Dans le premier cas, le survivant qui prend tous les meubles en vertu du ravestissement, est tenu de payer toutes les dettes; la coutume de Valenciennes ne lui accorde la propriété des meubles que sous cette condition: s'il veut profiter du benéfice, il faut qu'il acquitte la charge; la disposition de la coutume ne peut pas être divisée.

En vain objecterait-on que le ravestissement étant réel pour ce qui concerne l'émolument, devrait l'être aussi pour les charges; que la coutume de Valenciennes ne doit pas avoir plus de pouvoir pour un objet que pour l'autre, et que, comme elle borne l'émolument qu'elle accorde aux biens de son territoire, on doit diminuer dans la même proportion les charges qu'elle impose.

La réponse se présente d'elle-même. La coutume borne l'émolument du ravestissement aux biens situés dans son enceinte, parceque, si elle l'étendait plus loin, elle excèderait son pouvoir: mais en bornant le profit, elle peut ne pas borner les charges; un testateur qui a des biens répandus en différentes coutumes, peut en léguer un seul, sous la condition de payer toutes ses dettes: et sans doute la loi peut tout aussi bien que l'homme, imposer à ses libéralités telles charges qu'il lui plaît.

Ce qu'on vient de dire, suppose que les conjoints se sont ravestis de leurs meubles en même temps que de leurs immeubles. S'ils ne s'étaient ravestis que de cette dernière espèce de biens, et qu'outre ceux qu'ils ont dans la coutume de Valenciennes, ils eussent encore des conquêts dans la coutume de Paris, il faudrait appliquer à ce cas la décision que nous allons donner au suivant.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque les conjoints sont domiciliés dans la coutume de Paris, le ravesti n'a droit, dans la coutume de Valenciennes, qu'à l'usufruit des immeubles du prédécédé, et à cet égard il n'est tenu de payer ni d'avancer aucune dette. Ainsi, en prenant les meubles et les conquêts de Paris, il ne s'oblige qu'à avancer les dettes.

Dans le troisième cas, c'est-à-dire, lorsque les conjoints sont domiciliés dans une coutume qui n'admet ni le ravestissement ni le don mutuel, l'usufruit des conquêts de la coutume de Paris oblige

Digitized by Google

le survivant à avancer toutes les dettes; et celui des propres et conquêts de la coutume de Valenciennes, l'oblige seulement aux reparations et à l'acquit des charges réelles.

Dans ces deux derniers cas, le survivant ne doit point payer, mais seulement avancer les dettes, parcequ'à titre de donataire mutuel, il prend des biens qui l'obligent à avancer, et qu'il n'en prend pas à titre de ravesti qui l'obligeant à payer. Ainsi, pour le réglement des charges, je défère encore aux lois des différentes situations: pourquoi? Le survivant, en appréhendant, soit des meubles, soit des immeubles du défunt, fait un quasi-coutrat avec les héritiers et les creanciers de celui-ci; ce quasi-contrat se forme dans les lieux où se fait l'appréhension, c'est-à-dire, où les biens sont situés. Or, il est de principe que tout contrat ou quasi-contrat se régle, quant aux charges qui en résultent, par les lois du lieu où il est passé. Si, par exemple, dans une succession ouverte en Cambresis, il se trouve un fief propre regi par la coutume de cette province, et un autre soumis aux lois du Hainaut, l'héritier ne pourra pas être poursuivi pour les dettes du défunt, à raison de celui du Cambresis, parcequ'en cette coutume les fiefs propres ne contribuent point du tout au paiement des dettes; mais comme le fief du Hainaut ne jouit pas du même privilege, l'héritier se soumettra à toutes les dettes en l'appréhendant. Cette décision, consignée dans les art. 11 et 12 du chap. 123 des chartes générales du Hainaut, prouve sans doute très clairement que c'est à la loi de la situation qu'il faut avoir recours en cette matière. V. *Dette*, §. 4, n. 1.

X. Terminons cet article par l'examen de l'art. 23 de la coutume de Valenciennes. Il porte que *trois mois après le décès du prémourant, le survivant sera tenu faire insinuer le ravestissement par-devant deux gens de chacune des lois dont les immeubles sont mouvans, à peine de nullité.* On a déjà observé que l'objet de cette formalité est d'affecter les biens à l'usufruit dont le ravestissement les a charges, et de réaliser les droits personnels que le survivant avait à cet usufruit.

Remarquez que la nullité résultante de l'omission de cette formalité, est divisible, c'est-à-dire que, quoique l'insinuation soit omise dans un endroit, le ravestissement ne laisse pas d'avoir lieu pour les biens situés dans les endroits où elle a été executée. La raison de cette divisibilité est palpable: l'insinuation qui est l'objet de l'article dont il s'agit, n'est point de la substance du contrat; c'est une formalité purement réelle; or, l'omission d'une formalité reelle n'emporte pas la nullité d'un acte entier; elle en empêche seulement l'exécution dans les lieux où elle a été négligée. Par exemple, dans la coutume de Cambresis où l'on ne peut disposer d'un immeuble par testament qu'après s'en être deshérité valablement entre les mains des juges du seigneur dont il relève, lorsqu'un testateur, sans avoir rempli cette formalité réelle, dispose par un même acte d'un bien situé à Douai, et d'un autre situé dans le Cambresis, la disposition est nulle pour celui-ci, mais elle est valable pour celui-là.

Il ne faut pas confondre l'insinuation prescrite par l'article que nous examinons, avec celle qui se pratique en France, et dont les Pays-Bas ont été exemptés par plusieurs lois particulières, notamment par l'art. 38 de l'ordonnance de 1731. L'insinuation, telle qu'elle se pratique en France, est, au moins dans la coutume de Paris, de rigueur pour le don mutuel; et de là résulte une question mixte: mais avant de la discuter, rappelons quelques principes de la matière.

L'art. 284 de la coutume de Paris porte que le don mutuel doit être insinué dans les quatre mois, de sa date, faute de quoi l'un des conjoints peut le révoquer malgré l'autre; mais s'il n'a pas été revoqué, l'insinuation qui s'en fait après les quatre mois, le rend valable, pourvu que les deux epoux soient encore vivans. — Le délai de quatre mois n'a même lieu que lorsque les conjoints sont en vie; car si l'un d'eux meurt avant l'expiration de ce terme, et que le don mutuel ne soit pas encore insinué, cet acte tombe en caducité. — Il faut cependant observer que la nullité produite par le défaut d'insinuation, n'a lieu que contre le mari qui survit a sa femme, si c'est la femme qui survit au mari, on ne peut pas la lui opposer; son impuissance d'agir lui donne ce privilège. — Cette insinuation doit être faite dans la juridiction royale du domicile des conjoints, et dans celle de la situation des biens compris dans le don mutuel.

Il résulte de ces détails, que l'insinuation requise par la coutume de Paris pour le don mutuel, n'a rien de commun avec celle qui est requise par la coutume de Valenciennes pour le ravestissement. La première a lieu pour les meubles comme pour les conquêts; la seconde est bornée au ravestissement d'immeubles. Première différence.

La première doit être faite dans les quatre mois de la date du don mutuel et avant la dissolution du mariage; la seconde ne doit l'être que dans les trois mois du décès du premier mourant. Seconde différence.

La première doit être faite dans les juridictions royales; la seconde dans les justices seigneuriales. Troisième différence.

La première doit être faite dans le domicile des conjoints, en même temps que dans les différens endroits de la situation des biens; la seconde ne doit l'être que dans les justices dont les biens relèvent. Quatrième différence.

La première ne se fait qu'afin de donner au don mutuel la publicité necessaire pour en écarter tout soupçon de fraude; l'objet de la seconde est de réaliser le ravestissement, de l'affecter sur les immeubles du prédécede, et de donner au survivant un *jus in re* à la place du *jus ad rem*, qu'il tenait de l'acte. Cinquième différence.

On voit, par ces observations, que si les Pays-Bas n'avaient pas été exemptés de l'insinuation royale (c'est ainsi que nous appellerons la formalité

Digitized by Google

prescrite par les ordonnances), l'insinuation seigneuriale ne remplirait pas le vœu des lois qui l'ont établie, et qu'il faudrait absolument accomplir l'une et l'autre à la fois.

Qu'arriverait-il donc si deux conjoints, domiciliés à Paris, et possédant des biens dans le chef-lieu de Valenciennes, faisaient entr'eux un don mutuel; et reciproquement si deux conjoints, domiciliés dans le chef-lieu de Valenciennes, et possédant des conquêts dans la coutume de Paris, faisaient un ravestissement?

Dans le premier de ces deux cas, le don mutuel est assujetti à l'insinuation royale au domicile des conjoints, et en est exempt pour les biens situés dans le chef-lieu de Valenciennes; de sorte cependant que, s'il n'est pas insinué à Paris, il ne pourra valoir, même dans la coutume de Valenciennes, parcequ'il est destitué d'une formalité qui doit être remplie dans le domicile. Mais l'insinuation royale étant faite à Paris, il suffira que l'insinuation seigneuriale se fasse dans le chef-lieu de Valenciennes, conformément à l'article cité plus haut; et si cette dernière était omise, l'acte vaudrait seulement pour les meubles et conquêts de Paris, et n'aurait aucun effet sur les immeubles du chef-lieu.

Dans le second cas, c'est-à-dire, si deux conjoints domiciliés dans le chef-lieu de Valenciennes, et possédant des conquêts dans la coutume de Paris, se ravestissent l'un l'autre, l'insinuation royale de l'acte doit être faite à Paris pour les biens qui y sont situés: mais cette formalité est inutile dans le chef-lieu; l'insinuation seigneuriale y est suffisante pour les biens que les conjoints y possèdent. L'omission de celle-ci annullerait à la vérité le ravestissement pour les biens du chef-lieu, mais elle le laisserait subsister pour les biens de Paris.

La raison de ces différentes décisions est sensible. D'abord, l'insinuation seigneuriale est une formalité purement reelle et tout-à-fait indépendante du contrat; ainsi, en quelque lieu que les époux soient domiciliés, il faut et il suffit qu'elle soit faite dans les justices de la situation des biens. L'insinuation royale, au contraire, est une formalité qui est en partie inhérente au contrat et en partie reelle: elle est inhérente au contrat, en ce qu'elle doit être faite dans le domicile des contractans; elle est réelle, en ce qu'elle doit être faite dans le lieu de la situation. Considérée comme inhérente au contrat, elle est d'une observation indispensable, même pour les biens situés ailleurs; considérée comme réelle, elle n'a point une influence si générale: l'omission qui en est faite dans un endroit, n'empêche pas le contrat de valoir dans un autre où elle a été remplie.

D'après cela, il est aisé de sentir pourquoi un don mutuel, fait par deux conjoints domiciliés à Paris, doit être insinué à Paris, à peine de nullité, même pour les biens de Valenciennes; et pourquoi un ravestissement fait par deux conjoints domiciliés à Valenciennes, doit être insinué à Paris, à peine de nullité, pour les biens qui s'y trouvent.

Ces décisions ne paraissent pas d'abord s'accorder avec l'affranchissement de l'insinuation royale, dans lequel plusieurs lois ont confirmé les Pays-Bas, puisque, dans ces deux espèces, la validité d'un don mutuel, qui a pour objet des immeubles situés dans le chef-lieu de Valenciennes, et l'execution d'un ravestissement fait par des conjoints de la même province, dépendent de l'accomplissement de l'insinuation royale. Mais il faut observer que les ordonnances ne dispensent de l'insinuation royale au domicile, que les personnes domiciliées dans les Pays-Bas; et de l'insinuation au lieu de la situation, que les biens situés dans les mêmes provinces. Or, dans l'une des deux espèces proposées, les conjoints ont leur domicile à Paris; et dans l'autre, les biens y sont situés: ainsi l'exemption de l'insinuation au domicile ne peut avoir lieu pour la première, ni celle de l'insinuation au lieu de la situation pour la seconde.

[[SECT. III. *Changemens apportés par les lois nouvelles aux dispositions des coutumes relatives à l'Entravestissement.*

I. L'Entravestissement de sang a été conservé par la loi du 17 nivose an 2, en faveur des époux qui avaient été mariés avant la publication de cette loi.

A la vérité, l'art. 13 de cette loi en avait, à leur égard, restreint les effets à l'usufruit de la moitié des biens du premier mourant des époux qui laissait des enfans. Mais cette restriction a été révoquée, avec les autres dispositions rétroactives de la même loi, par celles des 9 floréal an 3 et 3 vendemiaire an 4. *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 8 prairial an 13, rapportés à l'article *Gains nuptiaux*, §. 2.

Le Code Napoléon ne maintient, en faveur des époux, aucun des droits de survie légaux ou coutumiers qui avaient lieu dans l'ancienne législation. Ainsi, nul doute que l'Entravestissement de sang ne puisse plus avoir lieu entre les époux qui se sont mariés depuis la publication du Code Napoléon. *V.* l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12.

Mais que doit-on decider à l'égard des époux qui se sont mariés dans l'intervalle de la publication de la loi du 17 nivose an 2 à celle du Code Napoléon? *V.* le plaidoyer et l'arrêt du 20 octobre 1807, rapportés à l'article *Gains nuptiaux*, §. 4.

II. Quant à l'Entravestissement par lettres, l'art. 24 du tit. 1 de la loi du 13 avril 1791 l'a d'abord affranchi de la nécessité d'être passé devant les échevins du domicile des époux; mais à la présence de ces officiers qui n'existaient déjà plus à cette époque, il a substitué celle du juge de paix. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 3, pages 591 et 592.

La loi du 17 nivose an 2 a été plus loin: en permettant aux époux de se faire telles donations simples ou mutuelles qu'ils trouveraient à propos, elle a nécessairement dégagé les ravestissemens par lettres, non seulement de la nécessité de la pré-

Digitized by Google

sence du juge de paix, mais encore de toutes les autres conditions qui avaient leur principe dans la crainte qu'avaient les coutumes que les époux ne s'avantageassent au-delà des bornes qu'elles avaient fixées. V. *Don mutuel* et le *Recueil* cité.

Enfin, l'art. 1097 du Code Napoléon, en interdisant toute donation qui serait faite entre époux *par un seul et même acte*, a nécessairement abrogé l'usage des ravestissemens par lettres.]]

* ENTRE-CENS. C'est, dans la coutume de Hainaut, un droit dû au seigneur haut-justicier sur les mines que l'on fonille dans l'étendue de sa hante-justice.

Il est appelé Entre-Cens, *seu inter centum*, parcequ'il approche communément du centième denier, étant un peu plus fort ou plus faible, selon l'usage des lieux.

Suivant cette étymologie, on devrait écrire Entre-*Cent*, et non pas Entre-*Cens;* cependant l'usage a prevalu au contraire. *V.* la note de Boudot de Richebourg sur l'art. 14 du ch. 122 de la coutume de Hainaut, dans le Coutumier Général.

[[Cette note porte en effet que n l'Entre-Cens est nn droit de centième, quelquefois plus fort, quelquefois plus faible, suivant l'usage des lieux, que le seigneur haut-justicier lève sur les mines qui sont fonilles dans l'etendue de sa haute-justice ». Mais il n'est pas vrai qu'en Hainaut le droit d'Entre-Cens ait jamais été fixé à un taux aussi bas : la quotité la plus commune est du 10e au 20e du produit de chaque minc. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 6, page 134.]]

La coutume de Hainaut, chap. 122, art. 14 dit que *ce droit d'Entre-Cens est tenu pour héritage*, c'est-à-dire, qu'il estréputé immeuble, parceque c'est un droit réel et foncier qui représente le fonds sur lequel il est assis et se perçoit.

Ce terme d'*Entre-Cens* se prend aussi quelquefois pour les censives; et alors *Entre-Cens* signifie un droit *inter censum*, un droit qui est compris entre les censives. (M. Boucher d'Argis, père.) *

[[Et c'est dans cette dernière acception, que le mot *Entre-Cens* est employé dans les chartes générales (improprement appelées coutumes) de Hainaut. On le definit dans cette contrée, n un droit qui consiste dans le trentième que l'on donne au seigneur, du charbon que l'on tire, pour son désintéressement ». *V.* le *Recueil* cité, tom. 6, pag. 134.

L'Entre-Cens qu'un ci-devant seigneur du Hainaut a stipulé en concédant, non seulement le droit d'exploiter une mine de charbon de terre, mais encore les etablissemens formes par lui pour cette exploitation, est-il entièrement aboli par les lois qui ont supprimé les droits seigneuriaux, ou n'est-il que réductible? Est-il entièrement aboli, lorsqu'à la stipulation de cette redevance, le ci-devant seigneur a joint celle d'un droit de relief ou de lods et ventes? — Voici ce que j'ai dit sur ces deux questions à l'audience de la section civile de la cour de cassation, le 23 vendemiaire an 13:

« Du rapport et des plaidoiries que vous venez d'entendre, il résulte que le 11 novembre 1783, le bailli de la terre de Dour, en Hainaut, stipulant au nom du sieur Poisson, seigneur du lieu, a accordé à Gervais-Victor Barbier, tant pour lui que pour la société qu'il s'engageait de former, la permission que lui avait demandée celui-ci, d'exploiter différentes veines de charbon ouvertes dans cette seigneurie, et abandonnées par les premiers entrepreneurs, *sous les offres de fournir à ses droits seigneuriaux, et de se soumettre à toutes conditions accoutumées en pareil cas;* — Que cette concession a été faite à la charge, 1°. *que les associés ne pourraient rendre en d'autres mains aucune part de fosse ni quotité d'icelle, sans en avertir l'office* (le bailli) *au temps des visites qui suivraient immédiatement lesdites ventes, changemens ou cessions, et sans en avertir les regards* (inspecteurs), *pour en consuivre* (percevoir) *le droit seigneurial, consistant en soixante sous pour chaque vente, mutation ou aliénation, suivant l'usage ancien;* 2°. *qu'ils ne pourraient faire aucune vente, sans en prévenir l'office et désigner le nom et la résidence de l'acheteur*, le seigneur se *réservant le droit de retrait, s'il voulait en faire usage, en refondant au vendeur ou à l'acheteur le prix de ladite aliénation ;* 3°. qu'ils paieraient chaque année *le droit de cens compétant privativement au sieur Poisson, à raison de trente livres pour chaque veine... ;* 4°. qu'ils paieraient également au seigneur, pour son droit d'Entre-Cens, le vingtième denier, réductible (dans un cas prévu) au quarantième, de tout le charbon qui serait extrait et vendu par la compagnie ; — Que les lois portant abolition des droit seigneuriaux ayant été promulguées dans le département de Jemmapes, la compagnie Barbier s'est refusée de continuer le paiement des droits d'Entre-Cens, auquel elle s'était soumise par l'acte de 1783; — Que Jean-Jacques Deroyer, successeur du sieur Poisson, l'a fait citer le 25 vendemiaire an 9, pour s'y voir condamner; — Qu'elle y a été condamnée en effet par jugement du tribunal de première instance de Mons, du 1er frimaire de la même année; — Mais que sur l'appel, arrêt est intervenu à la cour de Bruxelles, le 7 ventose an 10, qui infirme ce jugement, et déclare le sieur Deroyer *non recevable et sans qualité dans sa demande en continuation du droit d'Entre-Cens, depuis la publication des lois suppressives des droits de justice et seigneuriaux*, et renvoie à une autre audience pour statuer sur ses conclusions subsidiaires en paiement des arrérages échus avant cette époque.

» Du recours exercé contre cet arrêt par le sieur Deroyer, naissent trois questions qui vraisemblablement ne vous occuperont pas long-temps: — La première, si, en thèse générale, le droit d'Entre-Cens a été aboli par les lois relatives aux droits seigneuriaux; — La seconde, s'il n'a pas été conservé en partie au profit du sieur Deroyer, à raison de la circonstance negligée par la cour d'appel, mais relevée fort judicieusement par M. le rapporteur,

Digitized by Google

qu'en 1783, le seigneur de Donr n'avait pas seulement accordé à la compagnie Barbier, le simple droit de rechercher et fouiller des mines de charbon, qu'il lui avait de plus concédé des mines déjà découvertes, des mines dont ce seigneur était alors en pleine possession; — La troisième, si, à raison de cette même circonstance, la cour d'appel de Bruxelles n'a pas viole l'art. 4 de la loi du 12 juillet 1791, qui ne maintient les anciens concessionnaires de mines dans le droit de les exploiter, qu'autant qu'ils les auront eux-mêmes découvertes.

» De ces trois questions, la première n'en est plus une, depuis que vous l'avez solennellement décidée par votre arrêt du 16 ventose an 12, entre le sieur Deschuiner et le sieur Decaroudelet (*V.* le *Recueil* cité, tom. 6, pag. 121): il est maintenant bien reconnu que le droit d'Entre-Cens n'était en llainaut qu'un droit de justice; et qu'il y a été aboli par la disposition générale de la loi du 13 avril 1791, qui supprime indistinctement tous les droits dépendans de la justice seigneuriale.

» La seconde question est encore entière, mais la solution en est très facile.

» Nous avons établi à votre audience du 16 ventose an 12, que le droit d'*Entre-Cens* n'était point *censuel*, ou, en d'autres termes, qu'il n'était point seigneurial, en ce sens, qu'il fût le prix d'un acensement proprement dit; en ce sens, qu'il fût récognitif d'un domaine direct retenu par le seigneur à qui il était dû; en ce sens, que le redevable de ce droit fût l'*homme*, le *censitaire* des seigneurs à qui il le payait;— Mais qu'il était seulement seigneurial, en ce sens, que la prestation ou redevance ainsi appelée, était payée au seigneur en sa qualité de haut-justicier, et pour prix de la concession qu'il avait faite de l'exercice d'un droit inhérent à sa haute-justice.

» C'est aiusi, avons-nous dit, que la redevance promise à un seigneur avant 1789, pour prix de la concession d'un droit de pêche dans une rivière non navigable, n'avait aucun caractère de cens, et formait cependant une prestation seigneuriale, parcequ'elle se payait au seigneur à raison du droit de justice et de police qu'il avait sur les rivières non navigables de sa terre.

» Dès-là, avons-nous ajouté, nul doute que le droit d'Entre-Cens ne soit aboli par la loi du 13 avril 1791, comme l'ont été par la même loi les redevances que les seigneurs hauts-justiciers s'étaient réservées en concédant à des particuliers la faculté de pêcher dans des rivières non navigables; et c'est ce que vous avez jugé par votre arrêt du 16 ventose an 12.

» Mais la loi du 13 avril 1791 n'a pas ôté aux seigneurs les objets qui, par l'exercice antérieur de leur droit de haute-justice, étaient entrés dans leur patrimoine et s'étaient incorporés au domaine foncier qui composait le gros de leur fief; et cette loi nous en donne elle-même la preuve et l'exemple, en maintenant les seigneurs dans la propriété des biens vacans dont ils avaient précédemment pris possession à titre de déshérence.

» Si donc le seigneur de Dour n'eût pas concédé en 1783 à la compagnie Barbier, ce que l'acte du 11 novembre de cette année appelle le *corps d'ouvrages* fait par les premiers entrepreneurs et abandonné par eux, ce *corps d'ouvrages* lui appartiendrait encore aujourd'hui. A la vérité, ce *corps d'ouvrages* n'était devenu sa propriété que par le double effet de l'exercice de son droit de la haute-justice et de l'abandon des anciens concessionnaires. Mais il avait cela de commun avec les biens vacans qu'il eût pu acquérir par déshérence, avec les biens qui auraient pu lui échoir par confiscation, avec les biens qu'il aurait pu réunir à sa table par retrait féodal ou censuel.

» Qu'a donc fait le seigneur de Dour, par l'acte du 11 novembre 1783? Il a concédé à la compagnie Barbier deux choses différentes : il lui a concédé l'exercice de son droit d'*avoir en terre non extrayé*, c'est-à-dire, d'un droit de haute-justice, dont les produits n'existaient pas encore à cette époque; et il lui a concédé en même temps un *corps d'ouvrages* qui était devenu son bien propre par l'effet de l'exercice de son droit de haute-justice, et qui, en se réunissant à son patrimoine personnel, au gros de son domaine, n'avait conservé aucune empreinte de son origine purement justicière.

» De là suit une conséquence fort simple. C'est que si nous en étions encore aux termes de la loi du 13 avril 1791, le droit d'Entre-Cens stipulé par l'acte du 11 novembre 1783, ne serait pas aboli en entier, mais seulement passible d'une réduction proportionnelle; et qu'il devrait être maintenu au prorata de la valeur du *corps d'ouvrages* cédé par cet acte, comparée à la valeur du droit de fouille que ce même acte accorde à la compagnie Barbier. Cela résulte de l'art. 35 du tit. 1 de cette loi, ou, si l'on veut, de l'art. 38 du tit. 2 de la loi du 15 mars 1790, auquel il renvoie, et qui autorise *les preneurs à rente d'aucuns droits abolis, à demander une réduction proportionnelle des redevances dont ils sont chargés, lorsque les baux contiennent, outre les droits abolis, des bâtimens, immeubles ou autres droits dont la propriété est conservée.*

» Mais, aujourd'hui que par la loi du 17 juillet 1793, par celle du 2 octobre suivant et par celle du 7 ventose an 2, les redevances non censuelles ni féodales de leur nature, les redevances même purement foncières, se trouvent abolies, lorsqu'elles ont été constituées avec quelque mélange de droits censuels ou féodaux, nous devons raisonner tout autrement par rapport à la partie du droit d'Entre-Cens stipulé par l'acte du 11 novembre 1783, que l'on doit considérer comme représentative du *corps d'ouvrages* que la compagnie Barbier a acquis à cette époque du seigneur de Donr.

» Sans doute, ces lois n'auraient rien changé à cet égard, si le *corps d'ouvrages* dont il s'agit, n'eût été cedé à la compagnie Barbier, conjointement avec le droit de fouille, que moyennant la redevance qualifiée d'*Entre-Cens;* car alors cette redevance serait purement foncière relativement à ce *corps d'ouvrages*, et conséquemment elle serait maintenue.

Digitized by Google

» Mais ce n'est pas seulement *l'Entre-Cens* qui forme le prix et de la concession du droit de fouille, et de la concession du *corps d'ouvrages* mentionné dans l'acte du 11 novembre 1783: ces deux concessions ont encore un autre prix stipulé par le même acte; elles sont encore faites sous la double condition que toute *part ou quotité de fosse* qui sera vendue par la compagnie Barbier, sera sujette à un *droit seigneurial de soixante sous*, et que le seigneur aura sur cette part ou quotité *le droit de retrait*.

» Voilà donc deux droits féodaux par leur nature et par la propre teneur de l'acte qui les réserve, mêlés à une redevance purement foncière. Or, il n'en faut pas davantage pour que cette redevance soit elle-même abolie. Dès-là, plus de ventilation à faire pour réduire le droit d'Entre-Cens proportionnellement à la valeur du corps d'ouvrages dont il constitue partiellement le prix. Dès-là, par conséquent, nulle possibilité de reformer, de ce chef, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles.

» Reste la troisième question, qui consiste, comme vous vous le rappelez, à savoir si la cour d'appel de Bruxelles n'a pas violé l'art. 4 de la loi du 12 juillet 1791.

» Vous savez que par cet article, *les concessionnaires actuels ou leurs cessionnaires, qui ont découvert les mines qu'ils exploitent, sont maintenus jusqu'au terme de leur concession*, au moins à concurrence de cinquante ans.

» Le sieur Deroyer prétend que cet article n'est pas applicable à la compagnie Barbier; et il se fonde sur le fait énoncé dans l'acte du 11 novembre 1783, que les mines dont elle jouit actuellement, avaient été découvertes, et que l'exploitation en avait été commencée, par d'autres entrepreneurs.

» Mais qu'importe au sieur Deroyer que la compagnie Barbier puisse ou ne puisse pas se prévaloir de cet article? Cet article ne dispose pas comme il le fait, dans l'intérêt des ci-devant seigneurs; il n'a en vue que l'intérêt *du propriétaire de la surface*, et il le dit lui-même dans la suite de son texte: en conséquence, porte-t-il, *les propriétaires de la surface ne pourront troubler les concessionnaires actuels dans la jouissance des concessions, lesquelles subsisteront dans toute leur étendue, si elles n'excèdent pas celle qui sera fixée par l'article suivant*.

» Ainsi, que les propriétaires de la surface viennent contester à la compagnie Barbier l'avantage assuré par cet article aux concessionnaires actuels, à la bonne heure: ils y seront recevables, et il s'agira seulement de savoir si, d'après l'art. 6, ils ne doivent pas être déclarés non fondés. — Quant au sieur Deroyer, c'est pour lui la chose du monde la plus indifférente. Dépouillé par la loi du 13 avril 1791, de sa justice seigneuriale, de tous les attributs qui y étaient attachés, et par conséquent de son droit exclusif à l'exploitation des mines de charbon de terre, il n'a nul intérêt de s'enquérir si ceux à qui il avait précédemment cédé l'exercice de ce droit, peuvent ou ne peuvent pas continuer d'en jouir; et dès qu'il est à cet égard sans intérêt, il est nécessairement aussi sans action, comme sans qualité.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation du sieur Deroyer et de le condamner à l'amende ».

Sur ces conclusions, arrêt du 23 vendémiaire an 13, au rapport de M. Ruperou, qui, — « Attendu que dans le Hainaut, *l'avoir en terre non extrayé*, consistant dans le droit de fouiller la mine, et de s'approprier ce qui en serait extrait, était un droit attaché à la haute-justice dont les effets ont dû cesser depuis la publication des lois qui ont aboli la féodalité; — Attendu que le droit *d'Entre-Cens* (qui était le prix de la faculté que des seigneurs accordaient à des compagnies charbonnières d'exploiter les veines de charbon qu'ils ne voulaient ou ne pouvaient exploiter par eux-mêmes), n'avait point pour cause, la concession primitive d'un fonds, mais seulement l'exercice simple de ce droit *d'avoir en terre*, dépendant essentiellement de la seigneurie haute-justicière; — Attendu qu'il n'y a point de parité entre cette redevance dérivant du droit *d'avoir en terre* et les terres vaines et vagues, les biens vacans qui demeurent irrévocablement acquis aux ci-devant seigneurs, en vertu de l'art. 8 de la loi des 13 et 20 avril 1791; qu'en effet, il s'agit en cet article de corps certains d'une consistance déterminée et insusceptible d'accroissement, qui ont passé dans le domaine *absolu* du ci-devant seigneur, sans conserver le moindre rapport avec le titre féodal dont ils procèdent; mais qu'il n'en est pas ainsi du droit *d'avoir en terre*, en vertu duquel l'exploitation des mines s'étendait successivement sur les fonds souterrains, sans que dans aucun cas, la loi rendît le seigneur propriétaire du fonds productif; que si un tel droit était encore maintenu aux ci-devant seigneurs, il s'ensuivrait que la haute justice, quoique anéantie, n'en conserverait pas moins ses attributs et ses effets; — Attendu que, quels qu'eussent été d'ailleurs la nature et le caractère du droit d'Entre-Cens, aucune portion de celui dont il s'agit dans l'espèce, ne saurait être conservée, puisqu'en sus de cette prestation, le sieur Deroyer a stipulé dans l'acte de concession de 1783, d'autres droits éminemment féodaux et seigneuriaux, tels que Cens, lods, retrait féodal, amendes, etc., et, qu'aux termes des lois, la rente purement foncière même est abolie, lorsque le titre qui la constitue, renferme un mélange de féodalité; — Attendu enfin, que, quand il serait vrai que la loi des 27 mars, 15 juin et 12 juillet 1791, sur les mines et minières, n'eût maintenu dans la jouissance des mines que les concessionnaires qui joignent à l'avantage de les exploiter, celui de les avoir découvertes, le sieur Deroyer serait sans qualité, pour invoquer cette disposition de la loi; — Par ces motifs, la cour rejette.... *V. Mines* »].

* ENTRECOURS. Suivant Euscbe de Laurière, l'Entrecours est une société contractée entre deux

Digitized by Google

seigneurs de fiefs, au moyen de laquelle les sujets de l'un peuvent, librement et sans danger de perdre leur franchise, aller se domicilier dans la seigneurie de l'autre.

Autrefois les personnes de condition roturière ne pouvaient sortir des terres de la seigneurie où elles étaient nées. Si elles demeuraient pendant un an et un jour hors de leur domicile, leur seigneur acquerait la saisine des terres qu'elles possédaient dans l'enclave de son fief; et la personne absente perdait ses franchises, et rentrait dans la classe des serfs du lieu où elle s'était transportée.

Beaumanoir, dans ses coutumes de Beauvoisis, chap. 45 *des aveux*, parle ainsi de cet ancien usage: « Il y a de telles terres quant un franc homme qui n'est pas gentz homme de lignage, y va manoir, et il est résident un an et un jour, il devient, soit homme, soit femme, serf au seigneur dessous qui il vient être résident ».

Les seigneurs se déterminèrent à déroger à ce barbare usage par des *Entrecours* qu'ils contractaient entre eux. Au moyen de ces circonstances, le bourgeois d'un seigneur qui venait s'établir dans la seigneurie d'un autre, en quelque terre et de quelque vassal que ce fût, ne devenait point serf par la demeure d'un et jour; il conservait sa franchise, et était acquis de plein droit, au moyen de l'Entrecours, franc homme ou bourgeois du seigneur suzerain dans le fief duquel il s'était retire.

On trouve dans l'art. 78 de la coutume de Vitry, un acte d'Entrecours passé entre les seigneurs de Bar et les comtes de Champagne; il est conçu en ces termes: « Par l'Entrecours gardé et observé entre les pays de Champagne et de Barrois, quand aucun homme ou femme nais dudit pays de Barrois, vient demeurer audit bailliage de Vitry, il est acquis de ce même fait au roi, et lui doit sa jurée, comme les autres hommes et femmes de jurée, demeurant audit bailliage ».

En vertu du droit de main-morte, le serf d'une seigneurie ne pouvait, sans le congé de son seigneur, se marier à une femme libre ou serve d'une autre seigneurie, sans encourir la peine du formariage. Les seigneurs dérogeaient encore à ce droit par le moyen de l'Entrecours; en sorte que le serf de l'un pouvait librement et sans peine de formariage, se marier à la serve d'un autre seigneur, ou quitter le domicile qu'il avait dans la terre d'un de ces seigneurs, pour aller s'établir dans la terre de l'autre. (*M. l'abbé Remy.*) *

[[Ces conventions sont devenues sans objet, par l'abolition de la servitude personnelle et de tous ses accessoires, prononcée par la loi du 4 août 1789. V. *Main-morte.*]]

* On donne aussi le nom d'*Entrecours* à un droit en vertu duquel les habitans d'une paroisse peuvent envoyer leurs bestiaux paître sur le territoire d'une autre paroisse qui jouit du même droit sur le territoire de la leur. Ainsi c'est un droit de parcours réciproque. V. *Parcours.* (*M. Guyot.*) *

ENTRÉE. On appelle ainsi un droit ou impôt qu'on lève au nom du souverain sur les marchandises qui entrent dans un état, soit par mer, soit par terre, suivant le tarif qui en est dressé, et qui doit être affiché en lieu apparent, dans les bureaux où ces droits s'exigent. V. *Douanes.*

* ENTREMETTEUR. Celui qui s'entremet, qui s'emploie dans une affaire entre deux ou plusieurs personnes.

Un Entremetteur est quelquefois regardé comme un fondé de procuration. Ceux qui les emploient pour des affaires particulières, contractent des obligations envers eux et envers ceux avec lesquels ils sont commis pour traiter; tout comme les Entremetteurs en contractent de leur côté par le seul fait des commissions dont ils se chargent envers leurs commettans. *V.* le titre 17 du premier livre des *Lois civiles de Domat.*

Les récompenses que l'on promet à ces sortes de gens, en les employant pour les affaires dont on désire vivement le succès, ne se payent pas toujours selon la convention: on sait que rien n'est plus ordinaire qu'une grande facilité à tout promettre lorsqu'on est dans l'embarras. Lorsqu'un Entremetteur a abusé de cette facilité pour extorquer des promesses indiscrètes, la justice sait les modérer par une taxe raisonnable, suivant la qualité des parties, la nature des affaires, et le plus ou moins de succès qu'ont eu les services rendus.

Un Entremetteur qui se serait employé pour des choses illicites ou contre les bonnes mœurs, ne serait point dans le cas de réclamer des salaires; il mériterait au contraire d'être doublement puni, et pour s'être entremis dans une chose défendue, et pour avoir eu le front d'appeler la justice à son secours, pour en obtenir la récompense. V. *Courtier, Commissionnaire, Mandat, Escroquerie, Complice* et *Proxenette.* (*M. Dareau.*) *

* ENTREPOT signifie en général un lieu où l'on met en dépôt des marchandises qu'on veut porter plus loin; mais dans le langage propre aux douanes, les *Entrepôts* sont considérés sous deux aspects différens: tantôt comme magasins prohibés dans une certaine étendue, et tantôt comme des dépôts où des marchandises ont le privilége de rester un temps limité sans payer aucun droit; de sorte qu'en cette circonstance, elles sont censées n'être pas encore entrées dans le royaume, ou en être sorties en exemption de droits. (M. Guyot.) *

[[I. Voici ce que porte le tit. 13 de la loi du 22 août 1791, sur les Entrepôts pris dans la première de ces acceptions.

« *Art.* 37. Tout magasin ou Entrepôt de marchandises manufacturées, ou dont le droit d'entrée excède douze livres par quintal, ou enfin dont la sortie est prohibée ou assujettie à des droits par le nouveau tarif, est défendu dans la distance de deux lieues des frontières de terre, à l'exception des lieux dont la population sera au moins de deux mille ames.

Digitized by Google

» 38. Seront réputées en Entrepôt toutes celles desdites marchandises, autres cependant que du cru du pays, qui seront en balles ou ballots, et pour lesquelles on ne pourra pas représenter d'expéditions d'un bureau des douanes, délivrées dans le jour, pour le transport desdites marchandises.

» 39. Les marchandises et denrées ainsi entreposées seront saisies et confisquées, avec amende de cent livres contre ceux qui les auront reçues en Entrepôt: à l'effet de quoi les preposés de la régie pourront faire leurs recherches dans les maisons où les Entrepôts seront formés, en se faisant assister d'un officier municipal du lieu. Ces visites, dans aucun cas, ne pourront être faites pendant la nuit.

» 40. S'il n'est point constaté qu'il y ait Entrepôt ni motif de saisie, il sera payé la somme de vingt-quatre livres à celui au domicile duquel les recherches auront été faites, sauf plus grands dommages et intérêts auxquels les circonstances de la visite pourraient donner lieu ».

Les deux premiers de ces articles exigent quelques observations.

D'abord, l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11 porte que « les lois et réglemens sur le transport et la circulation des denrées et marchandises dans l'étendue d'un myriamètre (deux lieux anciennes) des frontières de terre, seront exécutées dans les deux myriamètres (quatre lieues anciennes) desdites frontières ».

Cette disposition étend-elle jusqu'à la distance des deux myriamètres de la frontière, la défense que porte la loi du 22 août 1791 d'entreposer des marchandises dans les communes qui, dans les deux lieues de la frontière, n'ont pas plus de 2000 habitans de population? Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

Le 5 frimaire an 13, les préposés des douanes trouvent quinze caisses de sucre candi, dans la maison du sieur Goets, à Simmern, ville dont la population est au-dessous de 2000 habitans et qui est située dans les deux myriamètres de la rive gauche du Rhin. — Le sieur Goets représente un passavant qui lui a été délivré le 1er du même mois au bureau de Saint-Goar; mais ce passavant n'étant que pour deux jours, les preposés ne s'y arrêtent pas, et saisissent les quinze caisses. — Le tribunal correctionnel de Simmern déclare cette saisie nulle; et sur l'appel, arrêt de la cour de justice criminelle du département de Rhin-et-Moselle du 7 floréal an 13, qui confirme ce jugement, « attendu que l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11 a bien prescrit l'exécution dans les deux myriamètres frontières, des réglemens antérieurs pour le transport et la circulation des marchandises, mais non de ceux prohibitifs des Entrepôts des mêmes marchandises dans les communes placées dans ce rayon ».— La régie des douanes se pourvoit en cassation; et par arrêt du 8 thermidor suivant, au rapport de M. Lachèse, — « Vu l'art. 456 de la loi du 3 brumaire an 4, n°. 1er et n°. 6; vu aussi l'art. 16, tit. 3, de la loi du 22 août 1791; les art. 6 et 7 de l'arrêté du 22 messidor an 10; les art. 37, 38 et 39, tit. 13, de la loi du 22 août 1791; enfin l'art. 84 de la loi du 8 floréal an 11; — Attendu qu'il est constaté, en fait, tant par le procès-verbal de saisie, fait par les preposés des douanes de Simmern, que par le passavant représenté et produit parmi les pièces, et par l'arrêt attaqué, que les quinze caisses de sucre candi dont il s'agit, étaient accompagnées d'une expedition contraire aux obligations qui s'y trouvaient déterminées, puisque le passavant, daté de Saint-Goan le 1er frimaire, visé dans le même lieu le surlendemain 2, n'était valable que pour deux jours; et que néanmoins les sucres se trouvaient à Simmern le 5, c'est-à-dire, vingt-quatre heures au moins après l'expiration du délai; — Que Simmern, dont la population est au-dessous de 2000 ames, est situé dans le rayon de deux myriamètres (quatre lieues anciennes) de la frontière; — que l'art. 84 de la loi du 8 floreal an 11, en ordonnant l'exécution dans les deux myriamètres frontières, des lois et arrêtés qui règlent le transport et la circulation des marchandises, embrasse nécessairement, par ces expressions, les dispositions et les même lois et arrêtés qui règlent la station et l'Entrepôt de ces mêmes marchandises; — Qu'ainsi en ordonnant la restitution de ces sucres, la cour de justice criminelle a contrevenu aux lois citées; — Par ces motifs, la cour casse et annulle... »

Pour déterminer, en matière d'Entrepôts, la population d'une commune, doit-on avoir égard aux habitans des hameaux et des maisons écartées de l'enceinte de la commune même? Cette question a fait en l'an 3 la matière d'un référé de la cour de cassation à la Convention nationale; et voici comment elle a été résolue par un décret du 1er vendémiaire an 4:

« La Convention nationale, après avoir entendu le rapport du comité de législation sur un référé du tribunal de cassation; — Considérant que par les termes dont s'est servi l'art. 37 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791, il est aisé de reconnaître qu'on n'a point entendu que la population des hameaux et des écarts dût concourir à former le nombre de deux mille ames dont parle cet article; et qu'on a voulu au contraire que ce nombre se trouve au moins dans l'enceinte du lieu où l'on prétend établir des magasins ou Entrepôts; — Décrète qu'elle passe à l'ordre du jour ».

La disposition de l'art. 38 du tit. 13 de la loi du 22 août 1791 (qui répute en Entrepôt toutes les marchandises autres que celles du cru du pays, qui se trouvent en balles ou ballots et non accompagnées d'expéditions délivrées dans le jour), est-elle applicable aux marchandises dont est propriétaire celui dans le domicile ou magasin duquel on les saisit, ou doit-elle être restreinte aux marchandises entreposées chez des commissionnaires?

Le 30 nivose an 10, les préposés des douanes trouvent dans la maison d'un particulier, située dans la ligne de la police douanière, des marchan-

Digitized by Google

dises sujettes à un droit d'entrée excédant 12 fr. par quintal; et à défaut de preuve du paiement des droits et de passavant expédié dans le jour, ils les saisissent. — Par jugement en dernier ressort du 8 germinal an 10, le tribunal civil d'Altkirck déclare cette saisie nulle, « attendu que la disposition de la loi du 22 août 1791, qui prohibe les Entrepôts de cette espèce, n'est applicable qu'aux marchandises en balles ou ballots trouvées chez des commissionnaires ou autres individus qui n'en sont point propriétaires, mais non à ceux qui, comme le défendeur, ont justifié leur propriété sur celle dont la saisie fait l'objet du procès ». — Mais la régie des douanes s'étant pourvue en cassation, arrêt du 5 fructidor an 11, au rapport de M. Pajon, par lequel, — « Vu la disposition des art. 37, 38 et 39 de la loi du 22 août 1791; — Attendu, 1°. que les marchandises saisies sur le défendeur, n'étaient point du cru du pays; — 2°. qu'elles étaient de valeur à opérer un droit d'entrée excédant 12 fr. par quintal; — qu'elles ont été saisies en état de balles ou ballots dans le domicile du défendeur; — qu'il n'a justifié d'aucun paiement de droit d'entrée ni passavant desdites marchandises, expédié par un bureau de douanes dans le jour de la saisie; — d'où il résulte que le jugement attaqué, en annullant celle dont il s'agissait au procès, a manifestement contrevenu au texte des lois ci-dessus citées; — Le tribunal casse et annulle ».

II. Considéré sous le second aspect, l'Entrepôt fait la matière d'un grand nombre de lois et de réglemens.

V. les lois des 23 septembre — 19 octobre 1791, 5 et 7 septembre 1792, 19 février 1793, 11 nivose an 3, 22 brumaire an 7, 23 floréal an 10, 8 floréal an 11, 22 ventose an 12, 1er pluviose an 13, et 30 avril 1806; les arrêtés du Directoire exécutif des 3 messidor an 5 et 9 prairial an 6; les arrêtés du gouvernement consulaire des 25 frimaire, 8 floréal, 20 prairial, 6 messidor, 9, 11 et 25 thermidor et 7 fructidor an 10, 10 vendémiaire, 10 frimaire, 3 et 4 pluviose et 14 ventose an 11; et les décrets impériaux des 7 et 29 fructidor an 12, 9 vendémiaire et 9 frimaire an 13, et 25 février 1806.

III. Il y a aussi des Entrepôts pour les sels qui proviennent des marais salans et des salines de l'intérieur. Le nombre et la police en sont déterminés par le décret impérial du 11 juin 1806, tit. 2.

V. Douanes, Portfranc, Sel et *Tabac.*]]

* EPAVES. On appelle ainsi les choses égarées dont on ne connaît pas le propriétaire.

Suivant notre usage, les Epaves appartiennent au roi ou au seigneur haut-justicier, pourvu que dans quarante jours, à compter de la première publication, selon plusieurs coutumes, et dans l'an et un jour selon d'autres, les choses trouvées n'aient point été réclamées par ceux auxquels elles appartiennent. C'est là ce qu'on appelle *droit d'Epave.*

Le propriétaire du fonds où les Epaves ont été trouvées ne peut prétendre aucun droit sur ces Epaves.

Celui qui trouve une Epave, est obligé d'en faire sa declaration au seigneur haut-justicier dans les vingt-quatre heures. La coutume de Nivernais le preserit ainsi.

Après la déclaration de celui qui a trouvé l'Epave, le seigneur doit la faire publier par trois dimanches consécutifs, afin que le propriétaire puisse la réclamer. On faisait autrefois ces publications au prône; mais depuis l'édit d'avril 1695, elles doivent se faire à la porte de l'église paroissiale, par le ministère d'un huissier.

[[L'art. 7 du tit. 1 de la loi du 13 avril 1791 porte, que « les droits d'Epave, de varech, etc., n'auront plus lieu en faveur des ci-devant seigneurs, à compter de la publication des décrets du 4 août 1789 ». — L'art. 3 de la loi du 22 novembre 1790, sur la législation domaniale, déclare que « tous les biens et effets, meubles ou immeubles déclarés vacans et sans maîtres..., appartiennent à la nation ». — Même disposition dans l'art. 539 du Code Napoléon.]]

Un meuble qui n'est pas revendiqué, est regardé comme une Epave; et, en conséquence, il appartient au seigneur haut-justicier, [[aujourd'hui à l'état]]. — C'est sur ce fondement que, par arrêt du 19 juin 1690, rapporté au Journal des audiences, le parlement de Paris a jugé qu'un etui renfermant un contean à manche d'or, une fourchette et une cuiller d'or, remis en 1678 à un orfèvre de Meaux, qui avait retenu ces effets comme suspects d'avoir été volés, serait vendu au plus offrant, pour les deniers en provenans être délivrés au fermier du domaine, sauf à rendre le prix de la vente, dans le cas de réclamation de la part du propriétaire.

Tous les effets, paquets, balles et ballots qui se trouvent dans les bureaux des carrosses, coches et messageries, et maisons où se tiennent des voitures publiques, tant par terre que par eau, qui n'ont point été réclamés pendant l'espace de deux ans révolus, et dont on ne connaît point les propriétaires, appartiennent au roi à titre d'Epaves.

Il faut observer à cet égard que, suivant la déclaration du 20 janvier 1699, les propriétaires n'ont que le delai de deux ans pour réclamer leurs paquets, ballots et effets, dans les bureaux des douanes et messageries, passé lequel temps, la vente en peut être valablement faite, mais au profit du domaine, comme Epave, et à la requête du régisseur des domaines, sans que les fermiers des douanes et messageries puissent opposer aucune fin de non recevoir tirée du laps de temps; parceque le délai des deux années, à compter du jour du dépôt, n'est relatif qu'au propriétaire, et ne peut profiter au dépositaire qui ne doit être déchargé du dépôt qu'en justifiant qu'il l'a remis. Ce n'est qu'après le délai accordé aux propriétaires, que commence l'action du régisseur des domaines, pour demander les effets à titre d'Epaves; et cette action, comme

Digitized by Google

toutes les autres qui tendent au recouvrement des droits casuels, dure treize années.

Par arrêt rendu le 15 juillet 1752, entre le receveur général des domaines et bois de Paris, le fermier des coches et carrosses de Lyon, le procureur du roi au châtelet, et celui de la chambre du domaine, le parlement de Paris a jugé que des ballots, paquets et effets restés au bureau de la diligence de Lyon, et non reclamés dans les deux ans, appartenaient au roi à titre d'Epave, et a ordonné en consequence, que la provision accordée aux officiers du domaine, par un précédent arrêt, demeurerait définitive.

Par un autre arrêt du 17 juin 1755, la même cour a ordonné que différens effets étant au greffe criminel, abandonnés et non réclamés, seraient représentés par le greffier criminel, et vendus au profit du domaine du roi, comme appartenans à sa majesté à titre d'Epave.

L'art. 3 du tit. 1 de l'ordonnance des eaux et forêts de 1669 attribue aux officiers des maîtrises des eaux et forêts la connaissance des Epaves trouvées sur les fleuves et rivières.

Par arrêt du 16 décembre 1755, rendu en faveur des officiers de la maîtrise d'Orléans, contre le bailliage de la même ville, le conseil a jugé que les échalas des vignes emportés par le débordement d'une rivière, devaient être regardés comme des *Epaves*.

Le roi ayant été informé qu'il avait été trouvé un étranger noyé dans la rivière d'Isère, vis-à-vis de la terre de la Bussière, dépendante du domaine de sa majesté dans le Dauphiné, et que plusieurs particuliers avaient partagé entr'eux des pièces d'or trouvées sur cet étranger, sans en avoir donné avis aux officiers de la maîtrise de Grenoble, sa majesté rendit en son conseil, le 20 octobre 1691, un arrêt par lequel elle ordonna que, sans s'arrêter aux poursuites faites par le juge de la Bussière, ni à l'arrêt sur requête obtenu au parlement de Grenoble le 29 août 1691, les procédures commencées en la maîtrise au sujet de cette Epave, y seraient continuées jusqu'à jugement définitif inclusivement, sauf l'appel au parlement; à l'effet de quoi les informations et procédures qui avaient été portées au greffe du parlement, seraient remises au greffe de la maîtrise.

C'est en vertu de la même compétence, que les officiers de la maîtrise de Fontainebleau ayant eu avis que le coche d'eau de Montereau à Paris étant péri sur la Seine le 17 mars 1693, et que tout le monde avait été noyé et les marchandises submergées, en dressèrent procès-verbal, informèrent et décrétèrent de prise de corps les bateliers, reçurent l'abandon que François Fauconnier, fermier, fit de son bateau, firent retirer les cadavres et les marchandises, etc. Cette procédure fut approuvée par arrêt du conseil du 21 avril 1693.

L'art. 16 du tit. 31 de l'ordonnance citée veut que les Epaves pêchées sur les fleuves et rivières navigables, soient données en garde à gens solvables par les sergens et gardes-pêche qui sont obligés d'en dresser un procès-verbal dont le procureur du roi est chargé de prendre communication, et d'en faire lecture à la première audience: en conséquence, le maître particulier ou le lieutenant doit ordonner que si, dans un mois, ces Epaves ne sont point réclamées, elles seront vendues au profit du roi par adjudication, et les deniers en provenans remis entre les mains du receveur du domaine, sauf à les délivrer au propriétaire qui les reclamera dans le mois après la vente, si cela est ainsi ordonné en connaissance de cause.

L'art. 17 du même titre fait défenses à toute personne d'enlever les Epaves dont il s'agit, sans la permission des officiers des maîtrises. Et cette disposition a été réitérée par un arrêt du conseil du 17 septembre 1726, portant règlement pour les eaux et forêts de Touraine, d'Anjou et du Maine.

[[Les administrateurs des forêts n'ont plus aucune juridiction en cette matière. *V.* la loi du 7 septembre 1790 et celle du 15 septembre 1791.]]

On appelle *Epaves maritimes*, les effets que la mer pousse et jette à terre, et qui n'appartiennent à aucun légitime propriétaire connu.—La coutume de Normandie les appelle *verech*.

Lorsque les vaisseaux et effets échoués ou trouvés sur le rivage ne sont point réclamés dans l'an et jour, ils doivent être partagés également entre le roi et l'amiral, les frais du sauvement et de justice préalablement pris sur le tout. C'est ce que porte l'art. 26 du tit. 9 du liv. 4 de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681.

Mais si les effets naufragés ont été trouvés en pleine mer, ou tirés du fond de la mer, le tiers en doit être délivré promptement et sans frais, en espèces ou en deniers, à ceux qui les ont sauvés, et les deux autres tiers doivent être déposés, pour être rendus aux propriétaires, s'ils les reclament dans l'an et jour; après lequel temps, ils doivent être partagés entre le roi et l'amiral, les frais de justice préalablement pris sur les deux tiers. Telles sont les dispositions de l'art. 27 du titre qu'on vient de citer.

Si, par la déposition de l'équipage qui a pris un vaisseau, et par la visite du vaisseau et des marchandises, on ne peut pas connaître sur qui la prise a été faite, l'art. 26 du tit. 9 du liv. 3 veut qu'on inventorie le tout, pour être restitué s'il est réclamé dans l'an et jour, sinon être partagé comme Epave de mer entre le roi, l'amiral et les armateurs.

[[Depuis la suppression de l'office d'amiral, tel qu'il existait à l'époque de cette ordonnance, la portion qui lui était affectée dans ces divers objets, appartient à l'état. *V. Amiral.*]]

L'art. 1 du tit. 7 du liv. 5 déclare les dauphins, esturgeons, saumons et truites être poissons royaux, et en cette qualité appartenir au roi, quand ils sont trouvés échoués sur le bord de la mer, en payant

Digitized by Google

les salaires de ceux qui les ont rencontrés et mis en lieu de sûreté.

Les baleines, marsouins, veaux de mer, thons, soufleurs et autres poissons à lard, échoués et trouvés sur les grèves de la mer, doivent, suivant l'art. 2, être partagés comme *Epaves*, ainsi que les effets échoués.

Mais lorsque les poissons royaux et à lard ont été pris en pleine mer, l'art. 3 veut qu'ils appartiennent à ceux qui les ont pêchés, sans que les receveurs du roi, ni les seigneurs particuliers et leurs fermiers puissent y prétendre aucun droit, sous quelque prétexte que ce soit. *V. Biens, Gayves (Choses), Trésor, Varech, Naufrage, etc.* (M. Guyot.)*

ÉPICES. On appelle ainsi des droits que les juges de plusieurs tribunaux sont autorisés à faire payer aux parties pour la visite des procès par écrit.

[[Cette autorisation a été révoquée par l'art. 7 des lois du 4 août 1789, et par l'art. 2 du tit. 2 de la loi du 24 août 1790. *V.* cependant *Juge de paix*.]]

ÉPIER. C'est le nom d'une redevance domaniale qui se lève en plusieurs endroits de la Flandre flamande, et particulièrement à Gand, Bruges, Dixmude, Ruremonde, Courtrai, Alost, Furnes, Harlebecke, Bergues-Saint Vinock, Geertindeberghe, etc. Le mot *Epier* a été formé du latin *spica*, epi, parceque la redevance connue sous ce nom, consiste en grains.

L'Epier se perçoit par des receveurs dont les emplois sont érigés en fiefs. Ces redevances sont présentement possédées en grande partie par des particuliers qui les tiennent en engagement.

La coutume de la prévôté de Saint-Donat, dans la châtellenie de Bergues-Saint-Vinock, contient sur cette matière une disposition qu'il est à propos de remarquer : « Tous ceux (porte l'art. 3 de la rub. 2), qui deviennent propriétaires, par acquisition ou par succession, de fonds d'héritages dans la prévôte, étant redevables à l'Epier de Bergues, sont tenus de venir au receveur du même Epier, et de faire enregistrer lesdits fonds d'héritages sur son livre, et les faire mettre sous leur nom dans les quarante jours après l'acquisition et clôture du partage, à peine de l'amende de trois livres parisis pour chaque partie ».

L'objet de cette disposition est de parer à la difficulté qu'il y aurait de retrouver les terres chargées de la redevance dont nous parlons, si l'on ne prenait pas les précautions qu'elle indique.

Ce fut dans les mêmes vues que les archiducs Albert et Isabelle, par leur placard du 13 juillet 1602, ordonnèrent aux receveurs de l'Epier de faire de nouveaux sommiers, et aux redevables, de leur fournir le dénombrement des rentes dues par chacun d'eux, avec permission d'hypothéquer spécialement à ces rentes telles parties de terres qu'ils jugeraient à propos, et d'y obliger généralement leurs personnes ou leurs autres biens.

Le même placard ordonne que ces redevances seront payables solidairement par l'*hofman*, où il y a *hofmanie*; et où il n'y en a pas, par le chef de la communauté ou par les plus grands tenanciers, sauf leur recours contre leurs codétenteurs.

Une ordonnance rendue par M. de Grainville, intendant de Flandre, le 3 novembre 1732, enjoint aux hofmans de la châtellenie de Bergues de rapporter entre les mains du receveur de l'Epier les rôles des terres et des noms des tenanciers, et aux greffiers de donner une déclaration exacte des terres grevées de cette redevance.

L'Epier jouit des mêmes privilèges que les autres biens domaniaux. C'est pourquoi l'art. 55 du placard du 13 juillet 1602 l'affranchit expressément de la prescription même immémoriale.

[[Aujourd'hui, les redevances domaniales sont prescriptibles comme les redevances qui appartiennent à des particuliers. *V.* le Code Napoléon, art. 2227.

Les rentes de l'Epier qui ont une origine féodale ou mélangée de féodalité, sont abolies. *V.* l'art. 1 de la loi du 17 juillet 1793 et l'art. 35 de la loi du 14 ventose an 7.

Quant à celles qui sont purement foncières, elles ne sont plus solidaires entre les détenteurs des biens qui en sont grevés. *V.* la loi du 20 août 1792.]]

V. Burgundus, *ad consuetudines Flandriæ*, §. *de Camerâ legali*; Cuypers, *Traité des procédures réelles*, quest. 8, n. 11; le placard du 13 juillet 1602, imprimé dans le second volume des placards de Flandre, page 253, etc.

* EPISCOPAT. L'Episcopat est tout à la fois et une dignité et un sacrement dans l'église catholique. Comme sacrement, il n'est point distingué de l'ordre; mais il en est le complément et la perfection. Ce n'est point du pape, comme le soutiennent les ultramontains, que dérivent les pouvoirs et les droits de l'Episcopat. Un évêque, par sa consécration, devient le successeur des apôtres, comme les papes eux-mêmes sont les successeurs de saint Pierre. Leur origine est la même, et les uns et les autres ont pour auteur le fondateur de la religion. C'est ce qu'a discrètement exprimé S. Jérôme dans sa lettre 95 à Evagre, en disant : *Cæterùm, omnes apostolorum successores sunt.* Les papes les plus éclairés ont soutenu cette doctrine; et on la trouve répandue dans les ouvrages de S. Grégoire-le-Grand, S. Bernard l'a rappelée avec beaucoup de fermeté au pape Engène, en lui disant qu'il se trompait s'il croyait que son autorité fût la seule qui fût d'institution divine. La raison qu'il en donne, ainsi que tous les saints docteurs qui ont traité cette question, c'est que les évêques succèdent à l'ordination des apôtres, c'est qu'ils tiennent parmi nous la place des apôtres, *apostolis vicariâ ordinatione succedunt..... apud nos apostolorum locum tenent.*

La faculté de théologie de Paris a toujours été très attachée à cette doctrine. Le 24 mai 1664, elle condamna comme fausses, contraires à la parole de Dieu, téméraires et tendantes à détruire la hiérarchie ecclésiastique, ces deux propositions :

Digitized by Google

« Les évêques reçoivent immédiatement du pape la juridiction qu'ils exercent sur les peuples qui leur sont soumis.... Si les évêques tiennent de Dieu leur autorité, il faut dire qu'elle est égale entre eux et le souverain pontife, et par-là toute subordination est renversée ». La première de ces censures fut enregistrée au parlement le 15 juillet de l'année suivante.

Ce serait un bien mauvais argument que de dire que les évêques reconnaissent tenir leur autorité du pape, puisqu'ils se qualifient évêques par la grace du saint-siège apostolique. Au reste, cette qualification n'est qu'une simple formule qui ne tire point à consequence, et dont l'usage même n'est pas fort ancien. Elle doit son origine à ces temps de trouble et d'ignorance, pendant lesquels les papes, profitant des préjugés que les fausses décrétales avaient répandus dans l'Europe, se réservèrent la nomination des evêchés, et en dépouillèrent les chapitres et les souverains. Cet usage est devenu beaucoup plus commun en France depuis le concordat de Léon X et de François Ier, par lequel les papes sont devenus les vrais collateurs des évêchés, sur la présentation de nos rois.

Le père Thomassin donne une autre origine à cet usage. Il prétend que les métropolitains, qui sont d'institution ecclésiastique, et qui doivent pour la plupart leur etablissement aux souverains pontifes, commencèrent, vers le quatorzième siècle, à se qualifier archevêques par la grace du saint-siege; ce qui fut par la suite imité par les simples évêques.

Mais, quelle que soit l'origine de cette qualification, qui n'est dans le fond qu'un acte de complaisance, ou, si l'on veut, de respect pour le saint-siège de la part de nos évêques, elle ne prouve certainement rien contre leur institution divine. Quand même ils auraient avoué et reconnu le contraire, cela serait encore indifferent, parceque la vérité est independante de l'opinion des hommes, et qu'elle est imprescriptible de sa nature, selon cette belle maxime de Tertullien, *veritati nemînem præscribere, non spatium temporis, non patrocinia personarum, non privilegia regum, non autoritatem judicatorum* : ainsi, quand tous les évêques du monde catholique conviendraient que l'Episcopat n'est qu'une émanation de la puissance du souverain pontife, il n'en faudrait pas moins revenir à l'origine des choses, et il n'en serait pas moins vrai qu'ils sont les successeurs des apôtres, comme les papes sont les successeurs de S. Pierre.

Si les théologiens français ont toujours soutenu que l'Episcopat est d'institution divine, nos canonistes et nos jurisconsultes ont également adopté et prouvé cette opinion. Dubois en a fait une de ses maximes du droit canonique : « Les évêques, dit-il, sont tous successeurs des apôtres, lesquels avaient une puissance égale à celle de S. Pierre : les ultramontains le confessent, mais ils tiennent que les apôtres n'avaient cette puissance que par un privilege spécial et personnel, auquel les evêques n'ont pas succédé, et que cette puissance étant ordinaire en la personne de S. Pierre, il l'a transmise à ses successeurs. — Nous n'approuvons pas cette proposition, quoique nous reconnaissions que tous les évêques, pour être égaux en caractère, ne le sont pas dans l'étendue de l'autorité et de la juridiction, suivant les constitutions de l'église, qui est la maîtresse absolue de ses réglemens ».

Il faut convenir que l'opinion des ultramontains sur l'origine de l'Episcopat, quoique fausse et contraire aux vrais principes, n'est cependant opposée à aucune décision de l'église universelle. Elle fut vivement attaquée au concile de Constance en 1416. Les évêques français et espagnols firent tous leurs efforts pour la faire décider à celui de Trente; mais les Italiens, attentifs à veiller aux intérêts de la cour de Rome, l'empêchèrent; et on se contenta d'une déclaration, qui, quoique assez favorable à l'Episcopat, n'a cependant pas mis l'institution divine au nombre des articles de foi. C'est pourquoi Vasquez et Maldonat ont seulement avancé que cette opinion *proximè accedit ad fidem.... fides catholica tenenda est.*

Une autre proposition également contraire à la vérité, serait de soutenir que l'Episcopat et la simple prêtrise n'ont rien de différent, et qu'un prêtre et un évêque sont deux ministres de l'église egaux quant aux pouvoirs de l'ordre. Il est certain que les apôtres avaient une supériorité d'ordre et de juridiction sur les disciples, et que de tout temps on a regardé, dans l'église catholique, les évêques comme successeurs des apôtres, et les prêtres comme successeurs des disciples. On a toujours considéré l'Episcopat comme le degré le plus sublime de la hiérarchie ecclésiastique. Il est vrai que les simples prêtres ont, ainsi que les évêques, le pouvoir de consacrer le corps du fils de Dieu et de remettre les péchés; mais il est aussi des fonctions éminentes réservées à l'Episcopat, telles que celle d'imposer les mains sur les diacres, de les élever à l'ordre de la prêtrise, et d'administrer la confirmation, qui sont les deux sacremens où la plénitude du Saint-Esprit est conférée d'une manière plus particulière. C'est ce qui a fait dire aux saints pères et aux docteurs, que l'Episcopat est la plénitude et la perfection du sacerdoce, *Episcopatum plenum et perfectum esse sacerdotium.* On peut donc, sans crainte d'errer, tenir que l'Episcopat est d'institution divine, et qu'il est superieur à la simple prêtrise.

Nous avons dit que l'Episcopat est une dignité. C'est en effet le premier degré de la hiérarchie ecclésiastique; c'est le premier anneau de cette chaine mystique qui embrasse l'église militante, et qui doit durer jusqu'à la consommation des siècles.

Tous ceux à qui le caractère épiscopal a été imprimé, sont égaux entre eux. Le pape est leur chef; il a bien sur eux une supériorité de prééminence et de juridiction, mais non pas d'ordre; car quant à ce qui concerne l'Episcopat en lui-même, tout

Digitized by Google

évêque peut ce que peut le pape; c'est-à-dire que le pape n'est pas plus évêque que tout autre évêque.

S'il se trouve quelque différence entre les primats, les métropolitains et les évêques, elle ne prend point son origine dans le caractère épiscopal, qui est le même chez tous, mais seulement dans les institutions positives de l'église, qui a jugé à propos, pour l'économie et la police de son gouvernement, d'établir différens degrés de juridiction.

Cela est si vrai, que, dans les premiers siècles de l'église, et avant qu'elle eût été reçue dans l'état, on ne connaissait point toutes ces distinctions. Mais ce qui le prouve incontestablement, c'est que, d'après tous les saints pères, et sur-tout S. Jérôme et S. Cyprien, il n'y a dans l'église qu'un seul Episcopat qui est administré par chaque évêque pour une portion, la puissance et l'étendue de juridiction n'augmentant pas leur caractère; de même que le peu de revenu qu'ils possèdent ne diminue pas leur mérite et leur dignité, et n'empêche pas qu'ils ne soient également successeurs des apôtres.

On a eu dans tous les temps le plus grand respect pour la dignité épiscopale, et avec raison; car l'Episcopat est le premier fondement de l'église: aussi voyons-nous que les fidèles l'ont toujours témoigné aux évêques par les titres qu'ils leur ont donnés. *Sanctissimi, reverendissimi domini*, sont les qualifications que les empereurs même donnaient aux évêques. Dans les formules de Marculfe, on voit qu'ils étaient nommés avant les comtes, ducs, etc.; on leur écrivait, *au seigneur, ou très savant, très pieux et très vénérable* N...., évêque de N.; et parmi nous on leur donne généralement le titre de *monseigneur*.

Leurs habits pontificaux, lorsqu'ils officient, sont encore une marque de leur dignité; l'usage de la mitre, qui est une espèce de couronne, est très ancien. Ils en étaient décorés dès le temps de S. Grégoire de Nazianze; il en fait mention dans un de ses discours, en disant: *me pontificem ungis, capitique cidarim imponis.*

L'usage de la crosse ou du bâton pastoral est aussi très ancien. On le regarde comme le symbole de l'autorité correctionnelle que donne l'Episcopat sur le reste du clergé et sur les simples fidèles. Il en est parlé dans la Vie de S. Césaire d'Arles, qui vivait vers l'an 500, et dans celle de S. Germain de Paris, qui mourut en 576. Tout concourt donc à prouver que l'Episcopat est une des plus éminentes dignités de l'église; et nous ne pouvons mieux terminer cet article qu'en disant que les saints pères les plus éclairés ne font point de difficulté d'appeler les évêques princes de l'église, souverains prêtres, souverains pontifes, cependant *sauf l'autorité de S. Pierre*, comme le dit Charlemagne dans un capitulaire de 786.

V. les *Mémoires du clergé de France*, tomes 6 et 9; les *Lois ecclésiastiques* de d'Héricourt, le *Dictionnaire de Droit canonique*, Van-Espen, Rousseaud de Lacombe, et le mot *Clergé* (*M. l'abbé* Remy). *

[[*V.* la loi du 18 germinal an 10.]]

* EPIZOOTIE. Dénomination générique des maladies contagieuses des bestiaux.

Ces maladies ont donné lieu à des observations des médecins vétérinaires, pour les constater; à des instructions du gouvernement adressées aux peuples, pour les éclairer et les aider à s'en préserver; enfin à des lois sages et infaillibles pour arrêter les progrès du mal, et même pour l'anéantir.

Les *Epizooties* qui ont le plus occupé le gouvernement sont celles qui, par un virus pénétrant et communicatif, attaquent les chevaux et les bêtes à cornes. Les remèdes sont si incertains, les progrès du mal si rapides, qu'il serait dangereux de tolérer aucune sorte de traitement. L'utilité publique a donc nécessité des sacrifices prompts et rigoureux, dans les camps sur-tout, et dans les grandes villes, où le venin étendrait son ravage en proportion de son aliment.

L'Epizootie proprement dite, la maladie pour laquelle on a créé, ou du moins renouvelé cette expression, est la maladie qui attaque les bêtes à cornes.

Elle a été connue des anciens et décrite en vers sublimes par Virgile, Ovide et Lucrèce.

Elle s'est renouvelée au commencement du siècle, dans la Brie, le Gâtinois et le Morvan; et a donné lieu aux arrêts du conseil du 10 avril 1714 et du 16 septembre de la même année.

Le premier se contente de prescrire qu'on enterre à trois pieds de profondeur les animaux morts de la contagion, et fait une défense expresse d'en prendre ni d'en enlever les peaux.

Le second défend d'exposer en vente dans les foires et marchés les bestiaux des pays infectés.

En 1739, l'Epizootie fit de grands ravages en Hongrie; mais par une ordonnance du 6 janvier de la même année, le roi prescrivit les précautions nécessaires pour préserver les provinces frontières de toute communication dangereuse; et le mal ne pénétra point dans le royaume.

Pendant la guerre de 1740, cette maladie parcourut de nouveau plusieurs de nos provinces, qui furent successivement endommagées: mais quoique les dispositions des arrêts du conseil du 13 mai 1746 et du 19 juillet 1748, soient très salutaires, le virus n'était pas sans doute exalté au point où il l'a été dans les dernières années, puisqu'elle cessa tout d'un coup par la seule interdiction des communications.

Les bestiaux de la Flandre autrichienne et du pays de Liège furent atteints d'une maladie du même genre en 1756; mais elle dura peu, s'évanouit insensiblement sans beaucoup de précautions, et fit très peu de ravages.

Mais c'est environ vingt ans après que l'Epizootie s'est développée avec plus de fureur par toute l'Europe, et particulièrement en France.

Il paraît qu'elle était originaire de Tartarie, qu'elle suivit l'armée des Russes dans la dernière guerre,

Digitized by Google

et pénétra de cette manière dans presque toute l'Allemagne.

Bientôt elle infecta la Poméranie, le Meckelbourg, le Holstein, le Danemarck, la Westphalie et la Hesse.

Enfin elle s'empara de la Hollande, qui va chercher dans ces états les bestiaux qui peuplent ses pâturages.

La France se ressentit bientôt de ce voisinage contagieux. La Flandre, le Calaisis, le Boulonnais, l'Artois conservèrent le germe de ce venin dangereux; et il paraît démontré que l'Épizootie, qui, depuis 1774 jusqu'en 1776, a désolé les provinces méridionales, avait été apportée à Bayonne avec des cuirs infectes sur un bâtiment hollandais.

Cette calamité, qui paraissait devenir générale, fixa toute l'attention du gouvernement.

D'habiles observateurs furent envoyés à ses frais en Guienne pour examiner avec soin l'origine, la nature et les effets du mal. On fit marcher des troupes pour former des barrières et fermer toutes les communications; on promulgua les lois les plus sages pour en arrêter les suites.

Il fut démontré par les opérations des experts vétérinaires, que la maladie qui ravageait les provinces méridionales, n'était qu'une seule et même maladie perpetuée en Europe depuis 1714, qui s'était d'abord déclarée dans les provinces du nord, mais qui n'avait pas attiré la même attention, parceque les transports et les labours s'y font avec des chevaux, que le virus n'avait pas eu les mêmes moyens de s'étendre, ni autant d'alimens pour s'entretenir.

On recueillit les faits; on fit des états exacts des animaux attaqués de la maladie, de ceux qui avaient été abandonnés à la nature, de ceux que l'on avait soignés et assujettis à des traitemens; on compara les résultats, et l'on fut convaincu que plus de la moitié des animaux malades étaient enlevés, soit par la nature, soit avec le secours des remèdes, et que le foyer venimeux ne s'éteignait jamais, et pouvait se rallumer sans cesse.

On sentit enfin la nécessité d'arracher le mal dans ses racines et de les couper dans le vif, pour les empêcher de s'étendre: on proposa les moyens rigoureux, employés avec succès dans quelques états voisins.

On savait qu'en 1714 les provinces de Middlesex, Essex et Surrey, en Angleterre, n'avaient perdu que six mille têtes, parcequ'elles avaient sacrifié tous les bestiaux infectés, et que, moyennant ces précautions rigides, mais salutaires, la maladie n'avait duré que trois mois. On savait en même temps que la Hollande, à cette époque, avait perdu trois cent mille têtes, et qu'elle avait été ravagée pendant trois ans, pour n'avoir pas, par un esprit d'économie mal entendu, voulu suivre cet exemple.

On avait encore sous les yeux une pareille expérience toute récente dans la Flandre autrichienne, où l'on avait sauvé dans un canton huit cents bêtes par le seul sacrifice de trois têtes, tandis qu'en Artois, en 1774, on avait perdu plus de quatre mille bêtes, sur six mille trois cents qui étaient infectées, et que l'on avait laissé repandre la contagion en voulant la guérir.

L'inutilité des remèdes bien démontrée, la propagation rapide du virus bien établie, on sentit la nécessité d'employer les moyens dont nos voisins avaient fait usage avec tant de succès.

En conséquence le roi rendit un arrêt en son conseil le 18 décembre 1774, par lequel, « reconnaissant que dans les états limitrophes de son royaume on n'était parvenu à conserver en pareille circonstance la plus grande partie du bétail, qu'en sacrifiant un petit nombre d'animaux malades, dès les premiers symptômes de la maladie; que ce parti, tout rigoureux qu'il est, est cependant le seul qui reste à prendre pour prévenir les progrès d'une contagion ruineuse pour les propriétaires, et destructive de l'agriculture », il ordonne, art. 1.er, que « toutes les villes, bourgs ou villages, voisins de ceux où la contagion est établie, seront visités par les artistes vétérinaires, les maréchaux ou autres experts à ce commis par les intendans des provinces; — Art. 2, que dans le cas où quelques animaux se trouveraient attaqués de la maladie contagieuse, annoncée par *des symptômes non équivoques*, il en sera dressé procès-verbal par les experts, etc.; — Art. 3, qu'aussitôt après la confection desdits procès-verbaux, lesdites bêtes seront tuées et enterrées avec leurs cuirs, *jusqu'à concurrence des dix premières seulement*, à la diligence des syndics ou officiers municipaux, etc; — Art. 4, que les sieurs commissaires départis dans les provinces feront payer à chaque propriétaire le tiers de la valeur qu'auraient eue les animaux qui auront été sacrifiés, s'ils eussent été sains, et ce, sur l'estimation qui en sera faite par les experts, à la suite de leurs procès-verbaux ». — Les autres articles de cet arrêt contiennent plusieurs autres dispositions aussi justes et aussi prudentes; mais qui, comme les précédentes, étaient encore insuffisantes.

Loin de discontinuer, la maladie étendit encore ses ravages.

Six semaines après l'arrêt du 18 décembre 1774, on s'aperçut qu'il était nécessaire d'en fortifier et d'en interpréter les dispositions.

Ainsi, par un nouvel arrêt du conseil du 30 janvier 1775, on proscrivit non seulement les dix premières bêtes attaquées, mais généralement encore toutes celles qui seraient reconnues malades; on ordonna en outre que les cuirs des animaux assommés seraient taillades de manière qu'on n'en pût faire aucun usage, et l'on fit les plus expresses défenses à toutes personnes de conserver aucun cuir suspect, d'en transporter, vendre ou acheter.

A cette époque, le gouvernement adressa une lettre aux curés de campagne, pour les inviter à communiquer aux peuples une instruction très détaillée, contenant d'excellens préservatifs pour sauver les bestiaux qui n'auraient pas encore été atta-

Digitized by Google

qués de la maladie, et des conseils paternels pour détourner les particuliers de se nourrir de viandes infectées, et de faire aucun usage du cuir de ces animaux morts de maladie, et généralement de tout ce qui les aurait approchés.

Cette instruction renfermait encore plusieurs avis salutaires, soit sur la manière de nourrir et traiter les bestiaux qui se trouveraient dans des lieux contagieux, soit pour purifier les écuries où les bêtes malades auraient habité, soit pour leur faire sentir les dangers des communications et la nécessité du renfermement.

Malgré la sagesse de ces conseils, malgré le zèle des commandans et des troupes, et la vigilance des administrateurs, malgré l'indemnité promise et payée par le roi, l'attachement du peuple pour ses bestiaux, l'espoir de les guérir, soutenu par les charlatans, et quelques succès mal démontrés entretinrent la répugnance à les dénoncer et à en offrir le sacrifice, et la maladie s'étendit d'une manière effrayante.

Vers le milieu de l'année 1775, dans le moment où le fléau paraissait amorti, il se développa de nouveau avec une activité inconcevable. Il dévasta la Chalosse, le Haut et le Bas Armagnac, franchit la Garonne, pénétra dans le Languedoc et le Quercy, et prolongea son incursion vers le nord jusque dans l'Agenois, et vers le midi jusque dans le Bigorre et dans les quatre vallées.

Heureusement que les troupes du roi étaient en force en Languedoc; le mal fut bientôt repoussé de l'autre côté de la Garonne. Elles manœuvrèrent avec tant de zèle et de promptitude, qu'il fut pareillement éteint au nord et au midi, et qu'il se vit encore resserré dans la Guienne. Plus de cent mille bêtes furent enlevées. Les malheureux habitans voyaient tous les jours leurs animaux atteints de la maladie, et assommés sous leurs yeux, et leurs héritages rester en friche. Plus de bœufs, plus d'engrais, plus de récolte; la désolation était générale.

Feu M. de Clugny, alors intendant de Bordeaux, fut envoyé, sur la fin de cette année, pour administrer par *interim* la généralité d'Ansch. Son activité le porta d'une extrémité de la province à l'autre; son courage lui inspira le moyen violent qu'il fallait employer; sa fermeté en assura le succès.

Il sentit que dans toutes les maladies contagieuses et communicatives, on ne pouvait détruire le virus qu'en lui enlevant son aliment; que le seul moyen de sauver le corps attaqué d'un ulcère virulent, était non seulement d'enlever les chairs infectées, mais encore de tailler bien avant dans le vif, et souvent de couper le membre gangrené; que dans une grande ville comme Paris, que dans une grande armée où il y a beaucoup de chevaux, le seul moyen d'empêcher *la morve* de faire des progrès, était d'assommer la bête attaquée et celles qui avaient communiqué avec elle, de désinfecter ensuite et de rerempir avec soin les écuries.

L'expérience lui démontrait que sans un sacrifice rigoureux, mais nécessaire, le besoin, la mauvaise foi, la cupidité trouveraient bientôt le moyen d'échapper à la vigilance des magistrats; qu'on transporterait dans d'autres écuries les bêtes inoculées par la communication, et qu'on perpétuerait, pour un lucre sordide, la maladie et ses progrès.

En conséquence, il proposa au gouvernement d'ordonner un assommement général, non seulement de toutes les bêtes attaquées actuellement, mais encore de toutes celles qui auraient communiqué avec elles. Il fit agréer ce projet, et se fit autoriser à indemniser les propriétaires des bêtes malades, du tiers de leur valeur, et de la totalité du prix des bêtes saines qu'on serait forcé de sacrifier.

Il fit ordonner en même temps le renfermement général de tous les bestiaux dans les écuries, et défendit, sous peine de fortes amendes, toute espèce de communication, jusqu'à nouvel ordre.

Ce système qui paraît d'abord effrayant, mais dont les suites ont été si salutaires, a été le seul préservatif de la Guienne, du Languedoc, et par conséquent de tout le royaume. Il est certain que l'exécution n'en a pas coûté à l'état quatre-vingt mille livres, et par conséquent que l'état y a gagné immensément.

Ce plan était à peine entamé, que M. de La Boullaye, nommé intendant d'Ansch, arrivait dans sa généralité. Les deux magistrats se réunirent le 28 février, et travaillèrent ensemble à le consolider et à lui assurer tout son succès.

Ce nouvel intendant soutint seul le poids de cette grande opération. Bien convaincu que les lois, dans un temps de calamité, ne devaient souffrir aucune modification, sans acception de personnes, sans égard pour des considérations particulières, il maintint avec fermeté les prohibitions, et tous les principes adoptés par le gouvernement; il ne se permit pas une seule exception.

Son cœur compatissant s'attendrissait sur le sort des contrevenans: mais il trouvait dans son amour pour la justice, des armes contre la sensibilité; il gémissait sur le sort des particuliers, mais il était consolé par la certitude du bien général; et son ame bienfaisante répandait les secours et les consolations dans le même temps qu'il sévissait contre les infracteurs.

Sans tous ces soins, ce système salutaire eût sans doute encore échoué, et peut-être n'a-t-il dû son succès qu'aux précautions même surabondantes que cet administrateur crut devoir prendre successivement.

Il fit désinfecter une seconde fois, avec l'exactitude la plus scrupuleuse, toutes les écuries.

Il rendit le 24 mars 1776, une ordonnance pour défendre le commerce des cuirs et des bêtes infectées, et en général de tous les cuirs verds. Il maintint avec inflexibilité celles qui défendaient les communications de paroisse à paroisse; en sorte que dans les deux ou trois alarmes qu'il reçut dans les quatre derniers mois, un seul territoire limitrophe se trouva assujetti au renfermement de ses bestiaux,

Digitized by Google

il veilla sans cesse au refoulement des fosses dans lesquelles on avait enterré les bêtes assommées, et il les fit entourer d'épines et recouvrir de pierres.

Enfin, par une autre ordonnance du 6 juin de la même année, il pourvut à la reproduction de ces animaux utiles, en défendant de tuer des veaux aux boucheries.

Huit mois de travaux et d'inquiétudes reçurent enfin leur récompense; le mal disparut, et M. de La Boullaye couronna son ouvrage, en sollicitant et en obtenant pour la province la permission de se repeupler en bestiaux; il surveilla cette nouvelle opération de manière à sauver les habitans du double danger du monopole et de la maladie; enfin, il mérita de jouir de la douce satisfaction, et d'avoir rempli avec succès la commission la plus rigoureuse, et de s'être concilié la bienveillance et l'amour des peuples.

Pour nous résumer, le seul remède à l'Epizootie, c'est d'assommer toutes les bêtes malades, et même les bêtes saines qui ont communiqué avec elles.

Le seul préservatif, c'est de renfermer pendant quarante jours au moins tous les bestiaux de la paroisse ou territoire dans lequel il y a eu la plus légère suspicion de maladie, et de défendre enfin, sous les plus fortes peines, toute communication de paroisse à paroisse, sous quelque prétexte que ce puisse être.

En deux mots, assommement et renfermement, point de communication, point de contagion.

Le roi ayant été informé que l'Epizootie exerçait ses ravages aux environs de Hambourg, sa majesté a rendu en son conseil, le 7 avril 1780, un arrêt par lequel elle a défendu à tous les capitaines de navires, négocians et autres, d'introduire dans le royaume aucun cuir, soit en verd et en poil, soit préparé, venant des ports de la mer Baltique, ou de la Hollande, à peine de confiscation, tant des cuirs que des bâtimens qui en seraient chargés, et de dix mille livres d'amende contre les contrevenans.

Par un autre arrêt rendu au conseil le 11 mai de la même année, en conséquence de l'avis donné au gouvernement, que l'Epizootie s'était aussi déclarée au cap d'Istrie, et dans quelques provinces autrichiennes de cette contrée, il a été défendu de faire entrer dans le royaume, soit par mer ou par terre, et jusqu'à nouvel ordre, les cuirs verds secs ou préparés, les bourres, cornes, et généralement tout ce qui appartenait aux bêtes à cornes, à l'exception néanmoins des cuirs secs et en poil de l'Amérique espagnole, venant de Cadix.

Il a été en même temps ordonné que les laines, et autres marchandises spongieuses et susceptibles de prendre des impressions contagieuses, qui se trouveraient avec quelques uns des objets prohibés, seraient mises dans des magasins ou dépôts séparés, pour y être exposées à l'air ou purgées convenablement; à l'effet de quoi il a été attribué toute cour et juridiction en dernier ressort aux intendans des provinces frontières, pour indiquer les lieux de dépôt, déterminer l'espèce des marchandises qui seraient sujettes à y être renfermées, le temps qu'elles y resteraient déposées, et les précautions auxquelles il faudrait se conformer.

La peine des contraventions aux dispositions précédentes, est une amende de dix mille livres, à l'égard de ceux qui introduisent des objets prohibés, et une amende de trois mille livres, à l'égard de ceux qui soustraient au dépôt les marchandises qui y sont assujetties.

La connaissance de ces contraventions a été attribuée par le même arrêt aux intendans de provinces, sauf l'appel au conseil. (M. DE VOZELLE.)

[[Il existe, sur la même matière, un arrêt du parlement de Dijon du 21 juillet 1780.

L'art. 1 « ordonne que dans toutes les villes, bourgs et villages du ressort de la cour où la maladie se manifestera, le bétail malade soit séparé de celui qui est sain, place dans d'autres écuries, et conduit séparément au pâturage par un pâtre qui sera choisi par la communauté, auquel elle indiquera les cantons qu'elle jugera à propos de destiner au pâturage séparé ».

L'art. 2 « fait défenses aux communautés qui ont des droits de parcours ou d'usage sur les héritages voisins, de les exercer dès qu'il y aura, dans les unes on les autres de ces communautés, des bêtes atteintes de la maladie, à peine, par les habitans de la communauté contrevenante, de répondre solidairement de tous dépens, dommages et intérêts, et civilement du fait de leur pâtre ».

L'art. 3 « ordonne qu'aussitôt que les bêtes infectées seront mortes, les pâtres ou propriétaires en avertiront les officiers ou échevins et procureurs des communautés, lesquels les feront mettre, avec leurs peaux, dans des fosses de cinq à six pieds de profondeur, pour chaque bête, aux frais de la communauté ».

L'art. 4 « fait défenses à toutes personnes de laisser dans les bois lesdites bêtes mortes, de les jeter dans les rivières ou étangs, de les exposer à la voirie, même de les enterrer dans les écuries, cours, jardins ou rues, et ailleurs que hors l'enceinte des villages: fait pareillement défenses à tous particuliers d'en vendre les peaux, ni de débiter les chairs des bêtes mortes de maladie, et à toutes personnes d'en manger, à peine de 300 liv. d'amende contre chaque contrevenant; et ordonne que les amendes encourues pour contravention au présent arrêt, seront appliquées par tiers au dénonciateur, au seigneur et à la communauté, au paiement desquelles les condamnés seront contraints, même par corps ».

L'art. 5 « enjoint aux officiers, échevins et procureurs desdites communautés, de veiller, chacun en droit soi, à l'exécution du présent arrêt, à peine, en cas de contraventions dont les auteurs n'auraient été poursuivis, de répondre solidairement des amendes encourues, ensemble de tous dommages et intérêts; — Ordonne pareillement que les jugemens qui seront rendus en conséquence du présent arrêt,

Digitized by Google

seront exécutés, nonobstant opposition ni appellation ».

La loi du 28 septembre 1791, sur la police rurale, ne contient sur les Epizooties qu'un seul article : c'est le 23e du tit. 2. En voici les termes :

« Un troupeau atteint de maladie contagieuse, qui sera rencontré au pâturage sur les terres du parcours ou de la vaine pâture, autres que celles qui auront été désignées pour lui seul, pourra être saisi par les gardes champêtres, et même par toute personne ; il sera ensuite mené au lieu de dépôt qui sera indiqué à cet effet par la municipalité. — Le maître de ce troupeau sera condamné à une amende de la valeur d'une journée de travail par tête de bêtes à laine, et à une amende triple par tête d'autre bétail. — Il pourra en outre, suivant la gravité des circonstances, être responsable du dommage que son troupeau aurait occasionné, sans que cette responsabilité puisse s'étendre au-delà des limites de la municipalité. — A plus forte raison, cette amende et cette responsabilité auront lieu, si ce troupeau a été saisi sur les terres qui ne sont point sujettes au parcours ou à la vaine pâture ».

Mais ni cette loi, ni celles qui l'ont précédée depuis 1789 et suivie jusqu'à nos jours, n'ont dérogé aux réglemens antérieurs sur cette partie importante de l'administration publique.

D'abord, ce qui prouve que l'autorité administrative est encore investie, comme elle l'était sous l'ancien régime, du droit de prendre toutes les mesures propres à prévenir et à faire cesser les Epizooties, c'est que l'art. 3 du tit. 11 de la loi du 24 août 1790 confie expressément « à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux..., le soin de prévenir par des précautions convenables, et celui de faire cesser par la distribution des secours nécessaires, les accidens et fleaux calamiteux, tels que les incendies, les épidémies, les épizooties, en provoquant aussi, dans ces deux derniers cas, l'autorité des administrations de département et de district » (aujourd'hui des prefets et sous-prefets.)

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 5 du même titre, les contraventions aux mesures de police que prennent les municipalités, ne peuvent être punies que par les tribunaux de simple police; et que ces tribunaux ne peuvent plus, d'après l'art. 600 du Code du 3 brumaire an 4, leur infliger aucune peine qui excède, ou une amende de la valeur de trois journées de travail, ou un emprisonnement de trois jours.

Mais cela ne doit s'entendre que des mesures absolument nouvelles que les municipalités peuvent prendre en cette matière. Car si une municipalité, et à plus forte raison un prefet, ne faisait qu'ordonner l'exécution des réglemens antérieurs, nul doute que celles des dispositions de ces réglemens qui prononcent des peines plus fortes, pourvu qu'elles ne fussent ni afflictives ni infamantes, ne dussent avoir encore leur pleine exécution; et que par suite, la connaissance des contraventions qu'elles pourraient éprouver, n'appartint aux tribunaux correctionnels. C'est ce qui résulte des principes établis à l'article *Armes*, §. 2; et c'est ce que confirme, de la manière la plus positive, l'arrêté du directoire exécutif du 27 messidor an 5, qui approuve une lettre adressée, le 23 du même mois, par le ministre de l'intérieur aux administrations départementales, et en ordonne l'insertion au bulletin des lois.

Cette lettre est trop importante pour ne pas trouver ici sa place :

« Il règne sur les bêtes à cornes des départemens du Nord et de l'Est, une Epizootie meurtrière qui s'est annoncée d'abord par des symptômes peu alarmans. Je n'en ai pas plutôt été instruit, que j'ai envoyé de Paris des artistes vétérinaires éclairés pour en prendre connaissance; des instructions rédigées par eux sur les lieux et à leur retour, ont été publiées et répandues dans tous les pays qu'ils avaient parcourus. La maladie a paru se rallentir pendant quelque temps, mais elle reprend avec plus de force : la rapidité de ses progrès, et le nombre effrayant des animaux qu'elle tue, ne permettent plus de douter qu'elle ne soit contagieuse au plus haut degré. Cet objet étant de la plus grande importance, et les moyens de police étant les seuls capables d'empêcher la communication, j'ai cru qu'il était de mon devoir de rappeler l'esprit des lois et réglemens rendus en pareilles circonstances, *et qui n'ont point été abrogés*. Je n'ai eu qu'à concilier les dispositions des lois avec l'ordre constitutionnel. J'y ajouterai une courte instruction sur la manière reconnue comme la plus propre à prévenir cette maladie, et à la guérir dans les animaux affectés.

» *Mesures de police pour arrêter la communication.* Tout propriétaire ou détenteur de bêtes à cornes, à quelque titre que ce soit, qui aura une ou plusieurs bêtes malades ou suspectes, sera obligé, sous peine de 500 livres d'amende, d'en avertir sur-le-champ l'agent de sa commune, qui les fera visiter par l'expert le plus prochain, ou par celui qui aura été désigné par le département ou le canton. (*Arrêt du parlement du 24 mars 1747; arrêt du conseil du 19 juillet 1746, art. 3. Autre du 16 juillet 1784, art. 1er.*)

» Lorsque d'après le rapport de l'expert, il sera constaté qu'une ou plusieurs bêtes seront malades, l'agent veillera à ce que ces animaux soient séparés des autres, et ne communiquent avec aucun animal de la commune. Les propriétaires, sous quelque prétexte que ce soit, ne pourront les faire conduire dans les pâturages, ni aux abreuvoirs communs; et ils seront tenus de les nourrir dans des lieux renfermés, sous peine de cent francs d'amende. (*Arrêt du conseil du 10 juillet 1746, art. 3.*)

» L'agent en informera, dans le jour, le commissaire du directoire exécutif du canton, auquel il indiquera le nom du propriétaire et le nombre des bêtes malades. Le commissaire du directoire exécutif fera part du tout à l'administration centrale

Digitized by Google

du département. (*Arrêt du conseil du 19 juillet 1746.*)

» Aussitôt qu'il sera prouvé à l'agent que l'Epizootie existe dans la commune, il en instruira tous les propriétaires des bestiaux de ladite commune, par une affiche posée au lieu où se placent les actes de l'autorité publique; laquelle affiche enjoindra auxdits propriétaires de déclarer à l'agent le nombre de bêtes à cornes qu'ils possèdent, avec désignation d'âge, de taille, de poil, etc.; copie de ces déclarations sera envoyée au commissaire du directoire exécutif près l'administration municipale du canton, et par celui-ci à l'administration centrale du département. (*Arrêt du conseil du 19 juillet 1746, art. 4.*)

» En même temps, l'agent municipal fera marquer, sous ses yeux, toutes les bêtes à cornes de sa commune, avec un fer chaud représentant la lettre *M*. Quand l'administration centrale du département sera assurée que l'Epizootie n'a plus lieu dans son ressort, elle ordonnera une contremarque, telle qu'elle jugera à propos, afin que les bêtes puissent aller et être vendues par-tout, sans qu'on ait rien à en craindre. (*Arrêt du conseil du 10 juillet 1746, et arrêt du conseil du 16 juillet 1784.*)

» Afin d'éviter toute communication des bestiaux des pays infectés, avec ceux des pays qui ne le sont pas, il sera fait de temps en temps des visites chez les propriétaires de bestiaux dans les communes infectées, pour s'assurer qu'aucun animal n'en a été distrait. (*Arrêt du 24 mars 1745, art. 1er.*)

» Si, au mépris des dispositions précédentes, quelqu'un se permet de vendre ou d'acheter aucune bête marquée dans un pays infecté, pour la conduire dans un marché, on une foire, on même chez un particulier de pays non infecté, il sera puni de 500 francs d'amende. Les propriétaires des bêtes qui les feront conduire par leurs domestiques ou autres personnes, dans les marchés ou foires, ou chez des particuliers de pays non infectés, seront responsables du fait de ces conducteurs. (*Art. 5 et 6 de l'arrêt du conseil du 19 juillet 1746.*)

» Il est enjoint à tout fonctionnaire public qui trouvera sur les chemins, ou dans les foires et marchés, des bêtes à cornes marquées de la lettre *M*, de les conduire devant le juge de paix, lequel les fera tuer sur-le-champ en sa présence. (*Art. 7 de l'arrêt du conseil du 19 juillet 1746.*)

» Pourront néanmoins les propriétaires des bêtes saisies, en pays infecté, en faire tuer chez eux ou en vendre aux bouchers de leurs communes, mais aux conditions suivantes :

» 1°. Il faudra que l'expert ait constaté que ces bêtes ne sont point malades. — 2°. Le boucher n'entrera point dans l'étable. — 3°. Le boucher tuera les bêtes dans les 24 heures. — 4°. Le propriétaire ne pourra s'en dessaisir, et le boucher les tuer, qu'ils n'en aient la permission par écrit de l'agent, qui en fera mention sur son état.

» Toute contravention à cet égard sera punie de 200 francs d'amende; le propriétaire et le boucher demeureront solidaires. (*Art. 8 de l'arrêt du conseil du 19 juillet 1746.*)

» Il est ordonné de tenir, dans les lieux infectés, tous les chiens à l'attache, et de tuer tous ceux qu'on trouverait divagans. (*Loi du 19 juillet 1791.*)

» Tout fonctionnaire public qui donnera des certificats et attestations contraires à la vérité, sera condamné en 1000 francs d'amende, même poursuivi extraordinairement. (*Art. 14 de l'arrêt du conseil, du 24 mars 1745.*)

» Dans tous les cas où les amendes, pour des objets relatifs à l'Epizootie, seront appliquées, aucun juge ne pourra les remettre ni les modérer. Les jugemens qui interviendront en conséquence, seront exécutés par provision, et les délinquans au surplus soumis aux lois de la police correctionnelle. (*Art. 7 et 8 de l'arrêt du parlement de 1745; Art. 15 de celui du conseil de 1746; et art. 12 de celui de 1784.*)

» Aussitôt qu'une bête sera morte, au lieu de la trainer, on la transportera à l'endroit où elle doit être enterrée, qui sera, autant que possible, au moins à cinquante toises des habitations. On la jettera seule, dans une fosse de huit pieds de profondeur, avec toute sa peau tailladée en plusieurs parties; et on la recouvrira de toute la terre sortie de la fosse. Dans le cas où le propriétaire n'aurait pas la facilité d'en faire le transport, l'agent municipal en requerra un autre, et même les manouvriers nécessaires, à peine de 50 fr. d'amende contre les refusans. Dans les lieux où il y a des chevaux, on préférera de faire trainer par eux les voitures chargées de bêtes mortes; lesquelles voitures seront lavées à l'eau chaude, après le transport. Il est défendu de les jeter dans les bois, dans les rivières ou à la voierie, et de les enterrer dans les étables, cours et jardins, sous peine de 500 fr. d'amende, et de tous dommages et intérêts. (*Art. 5 de l'arrêt du parlement de 1745, et art. 6 de celui du conseil de 1784.*)

» Enfin, les corps administratifs, conformément au décret du 28 septembre 1791, emploieront tous les moyens de prévenir et d'arrêter l'Epizootie; et en conséquence, le gouvernement compte sur leur zèle pour faire faire des patrouilles, mettre la plus grande célérité dans l'exécution des lois, et ne rien épargner, soit pour préserver leur pays de la contagion, soit pour en arrêter les progrès.

» Lorsque l'Epizootie sera déclarée dans leur ressort, ils sont chargés d'en informer les administrations des départemens voisins; et je leur recommande très expressément de m'en faire part sur-le-champ, ainsi que des progrès que pourra faire la maladie.

» Ce n'est qu'en suivant avec une rigueur très scrupuleuse, les mesures que j'ai indiquées, qu'il sera possible de prévenir, dans la plupart des départemens, et d'arrêter dans ceux qui sont infec-

Digitized by Google

tés, les effets d'une contagion ruineuse pour l'agriculture en général, et pour les propriétaires.

» *Caractère de la maladie.* Dans tous les lieux où règne l'Epizootie, les hommes de l'art qui l'ont observée, s'accordent à la regarder comme une inflammation générale, qui se termine toujours par celle du poumon ou du foie, le plus souvent par la première.

» *Causes de la maladie.* L'altération des fourrages par l'effet des pluies qui régnèrent l'année dernière, et occasionnèrent le débordement des ruisseaux et des rivières, à l'époque de la récolte des foins, doit sans doute être considérée comme une des causes principales de l'Epizootie; c'est sur les bords de la Meuse, de la Moselle, du Rhin, de la Nah et quelques autres rivières, dont les prairies ont été submergées, qu'elle s'est d'abord déclarée. Averti des effets funestes que devait produire une submersion aussi générale, je fis répandre, sur les moyens de les prévenir, une instruction dont je ne puis trop recommander la lecture aux cultivateurs qui se trouvent cette année dans le même cas.

» *Traitement de la maladie.* Dès qu'une bête à cornes paraît affectée de la maladie régnante, on ne doit point hésiter à soumettre au traitement toutes celles de l'étable, quel qu'en puisse être le nombre.

» L'expérience ayant constamment prouvé que les animaux qui guérissent sans autres secours que ceux de la nature, devaient leur guérison à une éruption dont leur corps se couvrait. Toutes les vues de l'art doivent se diriger vers les moyens d'amener cette éruption ou de la suppléer.

» Ce serait en vain qu'on attendrait ces effets des cordiaux qu'on emploie presque exclusivement dans ces sortes de maladies. Le vin, l'eau-de-vie, le cidre, la bière, le poivre, la canelle, le girofle, la noix muscade, le gingembre, l'orviétan, le mitrhidate, la thériaque, le quinquina, et un grand nombre d'autres médicamens échauffans, ne produisent sur les bêtes à cornes aucun effet à petites doses; à grandes doses, elles augmentent considérablement l'inflammation, et précipitent la perte des animaux.

» Ce n'est que par les applications extérieures qu'on peut se flatter d'obtenir ces dépôts, si conformes au vœu de la nature.

» Le séton chargé d'un caustique, remplit parfaitement le double objet d'attirer au-dehors l'humeur qui tend à se porter sur le poumon ou le foie et d'en favoriser l'évacuation.

» Le fanon, que dans quelques lieux on nomme *la lampe, la nappe*, est la partie qu'on doit préférer pour y passer le séton.

» Il doit être placé de manière que les deux ouvertures se répondent de haut en bas, afin que l'humeur puisse s'écouler aisément.

» Pour établir un point d'irritation capable d'attirer brusquement cette humeur au dehors, on attache sur le milieu du séton un morceau d'ellébore noir, ou l'on y fixe, avec un peu de linge, du sublimé ou de l'arsenic en poudre.

» Lorsque l'engorgement a acquis le volume d'une tête humaine, on retourne le séton pour en retirer l'ellébore ou autre caustique dont on l'a chargé.

» Dans le cas où le séton, ainsi préparé, ne produirait pas dans l'espace de quinze ou vingt heures, un engorgement aussi considérable, on appliquera sur les deux côtés de la poitrine, après avoir rasé le poil, un large cataplasme vésicatoire, composé avec une once de mouches cantharides, et une once d'euphorbe, étendues dans suffisante quantité de levain, qu'on maintiendra avec un bandage, et qu'on entretiendra jusqu'à parfaite guérison.

» On placera tous les jours, une heure le matin, et autant le soir, dans la gueule de l'animal, un billot autour duquel on aura disposé et maintenu, avec un linge, de l'ail, du poivre, de l'assa-fœtida, des racines de poivre d'eau, d'arum ou pied de veau, de feuilles ou de racines de grand raifort, de feuilles de tabac, le tout haché ou pilé. Une seule de ces substances peut suppléer toutes les autres.

» On donnera autant qu'il sera possible, des alimens de la meilleure qualité; il sera bon de les asperger d'eau, sur un seau de laquelle on aura fait dissoudre une poignée de sel.

» Lorsqu'il sera possible de faire boire les animaux à l'étable, on blanchira leur eau avec un peu de son, et on y mettra un verre de vinaigre sur dix pintes ou environ.

» Le bonchonnement, très souvent repété, l'évaporation d'eau chaude sous le ventre, les bains de rivière même, lorsque l'eau sera échauffée, favoriseront puissamment la transpiration; les lavemens avec l'eau légèrement vinaigrée produisent aussi de très bons effets.

» La propreté des étables, le soin de les tenir très aerées, sont des conditions également essentielles. Lorsqu'il y aura eu des animaux malades, on se gardera d'y en remettre de sains avant de les avoir purifiées.

» *Désinfection des étables.* Les fumigations aromatiques ou autres tant vantées, ainsi que le simple blanchissage avec la chaux, sont des moyens insuffisans pour purifier les étables infectées. C'est de l'eau et du feu, et sur-tout de leur combinaison, qu'on peut attendre cet effet. Les murs, les mangeoires, les rateliers seront lavés très exactement avec de l'eau bouillante, et on les ratissera avec des balais de bruyère, de genêt, et mieux encore avec de fortes brosses quand on pourra s'en procurer. On ne blanchira jamais à la chaux qu'après avoir ainsi lavé et ratissé.

» Si l'étable est pavée; il faudra laver avec l'eau bouillante et ratisser également les pavés; si le sol est en terre, on enlèvera une couche de deux ou trois pouces, qu'on brûlera ou qu'on enfouira dans une fosse, dont la terre qu'on en aura retirée, remplacera celle enlevée de l'étable. On aura soin de battre le sol pour l'unir, l'affermir et s'opposer à l'évaporation qui pourrait s'élever des couches in-

Digitized by Google

férieures. On tiendra pendant quelque temps les ecuries ouvertes jour et nuit, et l'on n'y mettra des animaux que lorsqu'elles seront parfaitement sèches ».

Un arrêté du gouvernement, du 17 vendémiaire an 11, ordonne « que l'arrêté du directoire executif, du 27 messidor an 5, concernant les maladies épizootiques, et l'instruction publiée par le ministre de l'intérieur, le 9 fructidor suivant sur la morve, ensemble les dispositions de l'arrêt du ci-devant conseil, du 16 août 1784, en ce qu'elles ont de relatif auxdites maladies, seront promulgues dans les départemens réunis, suivant la forme constitutionnelle ». [[*V. Bestiaux* et *Mouton*]].

[[ÉPOUX, ÉPOUSAILLES. Ces termes, aujourd'hui synonymes, l'un à *mari*, l'autre à *mariage*, signifient seulement, dans leur sens étymologique, *fiancé* et *fiançailles*, *promis* et *promesses*. Pourquoi donc en a-t-on étendu la signification à ce point? C'est qu'autrefois plusieurs croyaient les fiançailles indissolubles, et qu'en effet cela paraissait ainsi règle par plusieurs textes du droit canonique. Pour concilier ces textes avec d'autres qui établissaient le contraire, on inventa la distinction de deux sortes de fiançailles, les unes *par paroles de futur*, les autres *par paroles de présent*; on appela le mariage *fiançailles par paroles de présent*; et par là, les mots se confondirent, comme on avait en partie confondu les idées et les choses. *V. Fiançailles*, *Femme*, *Mari* et *Mariage*.]]

* ÉQUITÉ. Ce mot reçoit deux acceptions en jurisprudence : il peut être pris d'abord pour ce point de droiture qui détermine la décision d'un juge, quand il veut suivre les règles strictes auxquelles il est obligé de se conformer. Il signifie aussi quelquefois la justice exercée, non pas selon la rigueur de la loi, mais avec une modération et un adoucissement raisonnables.

« La loi n'est rien sans l'Equité, dit un auteur moderne, et l'Equité est tout sans la loi. Ceux qui ne voient ce qui est juste ou injuste que par les yeux de la loi, ne l'aperçoivent jamais aussi bien que ceux qui le voient par les yeux de l'Equité. La loi ne doit être regardée, en quelque façon, que comme un secours pour ceux qui ont les lumières de l'entendement faibles ou obscurcies, à peu près comme le sont ces verres que fournit l'optique, pour les vues troubles ou bornées ». — Il est bien certain que ceux qui font une étude approfondie du droit et de l'Equité, ont des notions plus fines et plus délicates du juste et de l'injuste, que ceux qui n'étudient et qui ne savent que la loi. On peut même dire que la loi serait inutile aux hommes, si chaque individu avait dans le cœur l'amour de l'Equité, et si chaque citoyen pouvait s'instruire lui-même suffisamment de ses devoirs; dans ce sens, l'Equité ferait tout sans la loi. — Mais qu'est-ce que l'Equité dans l'opinion de la plupart des hommes? C'est souvent quelque chose de fort arbitraire : ce qui paraît juste à l'un, paraît injuste à l'autre; et chacun de bonne foi soutient son sentiment avec des armes si égales, que très souvent on est embarrassé de savoir auquel des deux donner la préférence. L'Equité cependant, comme la vérité, n'est qu'une : c'est donc à l'Equité elle-même à se montrer; mais elle ne se montre jamais mieux en pareil cas, que lorsqu'elle est aidée de la loi. Dans ce moment, tous les yeux l'aperçoivent et s'y attachent sans craindre de se tromper, parce que la loi, qu'on doit regarder comme le fruit de la sagesse et de la réflexion du législateur, n'est jamais présumée nous induire en erreur. Le législateur, pour soulager notre faiblesse, est censé avoir fait lui-même les frais d'une étude particulière de l'Equité, et nous l'avoir donnée pour règle dans ses décisions.

Il n'est donc pas exact de dire que l'Equité *est tout sans loi* : sans la loi, ce n'est fort souvent qu'un nuage très obscur. Mais aussi qu'est-ce que la loi sans l'Equité? Nous ne parlons point d'une loi qui blesserait ouvertement les premières notions de la justice, parcequ'une loi pareille, difficile à supposer, ne saurait long-temps subsister; nous demandons seulement en général ce que serait la loi toute seule, si ceux qui en sont les administrateurs, n'étaient munis des vrais principes de l'Equité, pour en diriger les mouvemens et en faire des applications sages et éclairées? Quelque profond que soit un législateur, il lui est impossible de prévoir tous les cas particuliers relatifs à la loi qu'il publie; il faut que les juges, après en avoir bien pénétré l'esprit, trouvent dans leur Equité le supplément à cette loi, et qu'ils decident de leur chef, comme le législateur lui-même aurait decide.

L'étude des principes de l'Equité, est donc l'étude par excellence du magistrat et du jurisconsulte : c'est dans cette étude qu'ils peuvent puiser les lumières et la sagesse qui doivent les caractériser. Il ne suffit pas d'être intègre, il faut encore être équitable : l'intégrité seule peut être le partage d'un homme très borné; mais s'il est équitable, il est en même temps un homme plein de droiture, de connaissances et de discernement.

L'étude des principes de l'Equité est non seulement d'une grande ressource pour bien comprendre l'esprit d'une loi et pour suppleer à ce qu'elle a omis, mais c'est que l'Equité elle-même est la loi seule que nous ayons à suivre sur bien des matières qui n'ont point fait l'objet de l'attention du législateur. Toute la partie de la jurisprudence qui roule sur les conventions, est, pour ainsi dire, abandonnée à l'Equité des magistrats. Combien de delits en matière criminelle dont la reparation est réservée aussi à leur sagesse et à leur discrétion! D'ailleurs, en matière criminelle, le legislateur en se permettant d'être sévere dans les lois qu'il porte sur certains crimes, ne voit que ces crimes qu'il condamne. Il affecte souvent de ne point apercevoir la qualité des personnes qui les commettent, les circonstances qui y entraînent, l'ignorance qui souvent les accompagne, et les motifs qui les déterminent.

Digitized by Google

La loi se montre avec tous les dehors d'une sévérité imposante, mais elle laisse au magistrat le soin d'en tempérer la rigueur suivant que l'Équité l'exige.

Nous observerons à ce sujet, qu'il est fort singulier que la plupart des auteurs aient écrit que les premiers juges doivent juger suivant les rigueurs de la loi, sauf aux magistrats supérieurs à la modérer suivant les principes de l'Équité, comme si ces mêmes principes ne devaient pas être communs à tous les juges en général, et qu'un jugement porté suivant la raison et l'Équité, n'était pas un jugement réellement équitable ? Si ce jugement est tel que l'eussent porté eux-mêmes les juges supérieurs, au lieu de vouloir que les premiers juges eussent été des instrumens passifs et inanimés de la loi, on ne peut qu'applaudir à leur discernement et à leur equité. Au reste, ou la loi est imperieuse, ou elle ne l'est pas : si elle est impérieuse indistinctement pour tous les juges, il n'est permis ni aux uns ni aux autres de s'en écarter; si, au contraire, elle laisse quelque liberté à cet égard, il leur est generalement permis d'en faire usage avec sagesse et discretion.

[[Aujourd'hui, les juges ne peuvent plus ni suppléer les peines que la loi ne prononce pas, ni aggraver ou adoucir les peines que la loi prononce d'une manière absolue. Mais il est encore certains délits correctionnels dont elle leur permet de graduer les peines suivant les circonstances. *V. Amende*, §. 7; *Eglise*, §. 2; *Injure* et *Peine*.]]

Dans les matières civiles où la loi est claire et précise pour certains cas, ce serait blesser en quelque sorte l'Equité elle-même, que de s'ecarter de la loi sous le prétexte d'en vouloir temperer ou modifier les dispositions par les principes particuliers d'une plus grande Equite; autrement la loi qui est donnée aux juges pour être la règle invariable de leur conduite, n'aurait rien de certain; et les citoyens croiraient en vain traiter avec solidité à l'ombre de ses dispositions. Il est vrai qu'on doit en tout considerer particulièrement l'Equité. *In omnibus æquitas maximè spectanda*; mais cette règle de droit n'a d'application, comme nous l'avons dit, qu'aux cas particuliers qui n'ont reçu la décision d'aucune loi : quand il s'agit de prononcer sur des difficultés embarrassantes, pour rencontrer juste, il faut être équitable : mais, ces cas à part, l'Equité de la loi doit nécessairement l'emporter.

Quand nous parlons de la loi, nous pouvons y assimiler les points de droit qui sont généralement décidés par une jurisprudence fixe et invariable; car enfin la jurisprudence acquiert force de loi, lorsqu'une fois elle est clairement établie; et elle doit nécessairement produire le même effet, autrement il serait inutile de l'étudier. Il est de maxime, par exemple, generalement reçue en jurisprudence, que le debiteur d'une cote d'impositions ne peut point opposer en compensation à celui qui est charge d'en faire le recouvrement, ce que ce dernier peut lui devoir de son chef particulier, et qu'il faut que par provision le rôle soit rempli; ce serait juger contre toutes les règles, que d'admettre une compensation en pareil cas sous quelque prétexte que ce fût; cependant nous ne laisserons pas ignorer que le parlement de Grenoble crut devoir s'ecarter de cette règle, sous un prétexte d'Equite, dans une affaire qui fut jugée par cette cour le 2 juillet 1613, et dont l'espece est rapportée à l'article *Compensation*, §. 3; mais, comme l'observe l'auteur de cet article, un exemple pareil ne détruit point la règle.

V. Autorités, Circonstances, Doute, Interprétation, Loi, etc. (M. Daveau.) *

[[V. aussi l'arrêt du 26 août 1807, rapporté à l'article *Mineur*.]]

EQUIVALENT. Terme fréquemment employé par les chartes générales de Hainaut, pour désigner la valeur pécuniaire d'un bien-fonds qui a été donné par contrat de mariage à l'un des conjoints ou à ses enfans à naître, sans que la donation ait été revêtue des formalités du nantissement, nécessaires en cette province pour transférer incommutablement la propriété.

[[Quels étaient en Hainaut, avant la publication du Code Napoléon, les effets de la maxime, que les renonciations à une succession future et les institutions contractuelles n'avaient lieu « qu'en essence d'action personnelle pour avoir l'Equivalent »? — Celui qui a été débouté par arrêt de sa demande en délaissement d'une succession à laquelle il avait renoncé avant qu'elle fût ouverte, par un acte qui ne produisait qu'une action en Equivalent, et dont il soutenait purement et simplement la nullité, peut-il encore, en offrant l'Equivalent auquel ses adversaires n'avaient pas conclu, et qu'il n'avait pas offert, demander que la succession lui soit délaissée en nature? V. le plaidoyer et l'arrêt du 20 thermidor an 13, rapportés à l'article *Renonciation à une succession future*.

V. aussi *Confusion*, §. 2, et *Déshéritance*, n. 11.]]

* EQUIVOQUE. C'est ce qui, dans une loi, dans un jugement ou dans un contrat, présente une ambiguïte, un double sens.

Quand il se trouve dans une loi quelque expression, quelque disposition qui peut être prise en deux sens différens, c'est au legislateur qu'il faut recourir pour avoir une interprétation de sa volonte, parceque c'est à lui seul qu'il appartient de l'interpréter : aussi les juges renvoient-ils quelquefois les parties à se pourvoir pardevers sa majesté, pour avoir une declaration plus précise de ses intentions sur certains articles d'une loi déjà portée. — [[Ils ne le peuvent plus aujourd'hui. *V. Doute* et *Référé au législateur*.]] — Mais lorsque le sens de la loi est une fois déterminé, ou par la manière dont elle s'exécute, ou par l'uniformité des jugemens dont elle a été suivie, on ne regarde plus cette loi comme Equivoque; et l'on est obligé de s'y conformer dans le sens qu'on l'entend actuellement.

Digitized by Google

L'inattention dans les termes de la rédaction d'un jugement, peut occasionner aussi quelquefois des Equivoques, de manière que les parties l'interprètent chacune respectivement dans un sens opposé. Quoiqu'en général les juges ne puissent point reformer leurs décisions, il leur est néanmoins permis de rendre un jugement d'explication, parce qu'expliquer une décision, n'est pas la changer au fond.

Lorsque le jugement est rédigé, on doit demander au juge, par une requête, qu'il lui plaise d'expliquer sa décision sur telle ou telle disposition qui paraît Equivoque. Le juge ordonne au bas de cette requête que les parties en viendront à son audience, et c'est là qu'il doit s'expliquer sur les différens moyens qui peuvent être respectivement proposés pour la faire entendre d'une façon plutôt que de l'autre. *V. Interprétation.*

Dans les contrats, les Equivoques ne sont que trop fréquentes par l'ignorance de bien des choses, et par le défaut d'usage où sont nombre de particuliers qui traitent entre eux sous signature privée. La plupart des notaires de campagne ne tombent aussi que trop souvent dans le même inconvénient. Quand il se présente aux yeux de la justice, un acte où il se trouve des Equivoques qui font la matière d'un procès, il n'y a que deux règles à suivre en pareil cas : la première, de considérer les choses en elles-mêmes; et la seconde, de les considérer relativement à la manière ordinaire de traiter suivant l'usage reçu dans les lieux où l'acte a été passé.

Pour une considération de la première espèce, on suppose qu'un particulier ait loué pour cinq années une maison, et qu'il soit dit, *le présent bail consenti moyennant la somme de six cents livres;* dans le doute, si c'est pour six cents livres chaque année, ou six cents pour les cinq ans, on doit considérer la maison en elle-même. Si elle est de valeur à être louée environ 600 liv. par an, on doit croire que, dans l'intention des parties, elle a été affermée sur ce pied-là; si, au contraire, elle ne vaut guère plus de cent livres par an, on doit présumer que les six cents livres portées par le bail, font le montant des cinq années de jouissance réunies.

Pour une considération de la seconde espèce, supposons toujours un bail, mais le bail d'un domaine, c'est-à-dire, d'un bien de campagne. Si dans ce bail, après en avoir reglé le prix en argent, il était ajouté, *en supportant au surplus par le preneur les charges ùe droit*, que devrait-on entendre par ces *charges de droit ?* Entendrait-on celles qui sont attachées à la jouissance des fonds en général, soit que cette jouissance s'exerce par le propriétaire ou par un fermier, ou simplement celles dont le fermier est tenu de droit et sans stipulation? Cette difficulté se resout pour les charges que les fermiers contractent le plus ordinairement dans le pays, à l'imitation les uns des autres.

Quand les deux règles dont nous venons de parler ne suffisent pas pour lever toute difficulté, on a recours aux circonstances, pour découvrir quelle devrait être l'intention des parties lors du contrat. Si les circonstances elles-mêmes sont insuffisantes, on se décide contre la partie au pouvoir de laquelle il était de s'expliquer plus clairement, parcequ'elle était à celle qui stipulait à son avantage, de donner cette explication. Lorsqu'enfin tous les moyens d'éclaircissemens ont été épuisés, sans qu'il en soit résulté un plus grand jour sur la difficulté, il ne reste plus qu'une règle à suivre : c'est de prononcer en faveur du debiteur, suivant la maxime, *in obscuris quod minimum est sequimur.*

Observez au surplus que ce que nous disons ici ne s'entend que des conventions ordinaires : car, lorsqu'il s'agit de libéralités, [[il y a d'autres règles à suivre. *V. Legs.*]]

La source la plus ordinaire des Equivoques dans les actes qui règlent les droits des citoyens, se tire du peu d'attention qu'on porte à les rédiger : le peu d'habileté à manier la langue, contribue aussi quelquefois à des ambiguités par le double rapport que peut avoir un mot mal placé, à deux membres différens d'une phrase, ou par la double signification qu'il peut avoir dans la circonstance où il est employé. Ces sortes d'inconvéniens sont uniquement la faute du rédacteur; car notre langue est très claire par elle-même : il serait seulement à desirer que les notaires, et tous ceux qui, par leurs écrits coopèrent à l'exercice de la justice, en eussent fait une étude particulière pour l'employer avec toute la clarté, la justesse et la précision dont elle est susceptible. (*M. D IRE AC.*)

* ERMITE. Solitaire qui vit retiré dans un désert pour y servir Dieu.

Dans les premiers siècles de l'église, on donna ce nom aux chrétiens de l'un et de l'autre sexe qui se retiraient dans les déserts pour éviter la persécution, et s'adonner au jeûne, au travail des mains, et à la méditation des saintes écritures. On les appelait aussi *anachorètes*, à cause de leur vie solitaire; et *ascètes*, parcequ'ils s'exerçaient dans la pratique de la piété.

Des religieux qui vivent dans une solitude plus marquée que les autres, portent le nom d'Ermites. Les uns composent des congrégations, les autres sont dispersés : ceux-ci sont sous la juridiction des ordinaires.

Un Ermite n'est pas incapable des effets civils lorsqu'il n'a point fait de vœu dans un ordre religieux approuvé. Ses parens lui succèdent, et il peut succéder à ses parens. Il y a néanmoins un arrêt du parlement de Paris, du 17 février 1633, qui a privé des successions de son père et de sa mère, un Ermite du mont Sonnoy, près d'Argenteuil, lequel avait embrassé cet état depuis quinze ou seize ans. Il lui fut seulement adjugé une pension annuelle de 400 liv. M. l'avocat général Talon, qui porta la parole dans cette affaire, posa d'abord deux maximes certaines en France : l'une, que tout religieux profès est incapable de succéder; et l'autre, que l'habit, le nom, ni le temps, ne font pas le religieux, mais la profession publique rédigée

Digitized by Google

par écrit. Ensuite il dit que la profession d'Ermite ne rend pas incapable de posséder et succeder, suivant la plus saine opinion des canonistes ; mais que dans l'espèce, il etait honteux de voir un homme faire, durant un grand nombre d'années, profession de la vie religieuse, sans être sonmis à aucun ordre religieux ; qu'on ne savait en quelle cathégorie le mettre ; que pour ce sujet il y avait lieu, en le déclarant incapable de succeder, de lui adjuger seulement une pension sa vie durant, afin qu'on la cause d'un solitaire on prononçât un arrêt solitaire, et qui ne pût être tiré à conséquence. ([M. Guyot.)*

[[Il n'existe plus d'Ermitos en France ; la loi du 2 novembre 1789 les a fait disparaître en déclarant nationaux tous les biens du clergé, parmi lesqnels etaient compris les ermitages.]]

* ERREUR. C'est une pensée ou une opinion contraire à la vérité.

1. En droit, *Erreur* signifie souvent la même chose qu'*ignorance ;* c'est pourquoi on définit l'*Erreur de droit*, l'ignoranee de ce qui est prescrit par la loi ou par la coutume.

L'*Erreur de fait* consiste à ne pas savoir, par exemple, qu'une chose est arrivée, on à quelle epoque et comment elle est arrivée.

II. L'Erreur est un vice qui annulle les conventions, quand elle tombe sur la substanee des choses qui en font l'objet. Par exemple, un homme achète du métal doré qu'il eroit être de l'or ; la vente est nulle, quand même le vendeur aurait éte de bonne foi, parceque les parties n'ont contracté que dans la fausse opinion qu'elles avaient que la matière de lenr marehé était de l'or, lequel est beaueoup plus cher qne du métal doré.

Quand l'Erreur ne tombe que sur les qualités accidentelles de la chose, elle n'annulle pas toujours les conventions. Une personne achète un diamant qu'elle croit être parfait ; des eonnaisseurs y découvrent des défauts tels que si l'acquérenr les avait connus, il ne l'aurait pas acheté ; la vente ne sera pas nulle, parceque l'Erreur ne tombe que sur une qualite aceidentelle ; et que l'aequerenr a voulu acheter ee diamant, quoiqu'il ne le erût pas défectueux.

[[L'art. 1110 du Code Napoléon porte : « L'Erreur n'est nne cause de nullite de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. — Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause prineipale de la convention ». — V. *Empêchement*, §. 5.]]

L'Erreur sur la qualité de la chose rend eneore la convention nulle, quand cette qualité est telle qu'elle affecte la substance même de la chose, et qu'elle empêche qu'on ne puisse en faire l'usage auquel elle est destinee par sa nature : comme si j'achète une prairie qui renferme une quantite d'herbes venimeuses, la vente pourra être annullée, parceque la quantité d'herbes mortelles qui s'y trouvent, empêche d'y mettre pâturer des bestiaux, qui est l'usage auquel une prairie est destinée.

III. On dit en general que l'Erreur de droit n'exeuse pas, et que l'Erreur de fait ne nuit jamais. Ces deux règles ont besoin d'être expliquées.

Il n'est permis à personne d'ignorer les préeeptes du droit naturel. *Omnes sciunt jus naturale* (dit Cujas, quæst. Papinian, liv. 9, loi 5) : *Id omnes ex naturâ ipsâ hausimus ; et ad id non eruditi, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.*

On n'excuse pas non plus l'ignorance du droit publie, droit qui commande à tous les citoyens, des lois de la poliee et du gouvernement. Car ee serait en vain qu'on les aurait établies, s'il était possible de les enfreindre sous prétexte d'ignorance. L'ordre si nécessaire pour entretenir l'harmonie entre toutes les parties du corps soeial, serait troublé ; on ne verrait plus que confusion, désordre, anarchie.

On ne traite pas avec autant de rigueur l'ignorance qui n'intéresse que les particuliers entre eux. Les doeteurs distinguent si celui qui a contracté par Erreur de droit, court risque de perdre, ou seulement s'il manque à gagner. Au premier eas, l'ignorance de droit est excusable ; au second eas, elle ne l'est pas. *In lucris error juris nocet, non facti. Error quilibet non nocet in damnis.* [[Mais V. *Ignorance*.]]

IV. L'Erreur de fait doit être réparée, soit que celui qui a contracte ou qui a paye ce qu'il ne devait pas, souffre nne perte réelle et une diminution dans son patrimoine, soit qu'il manque à faire quelque profit.

Quand l'Erreur de fait n'est pas la seule cause de la convention, il faut distinguer si cette Erreur n'a pas été le motif determinant de toute la convention, ou si elle n'est relative qu'à une partie seulement. Si la convention a eu pour cause principale l'Erreur de fait, elle annullera toute la convention. Si, au contraire, elle n'est relative qu'à une partie seulement, il n'y aura que cette partie qui sera nulle. Dans d'autres circonstances, elle n'apportera aucun changement. Comme si un héritier a vendu ses droits successifs, ignorant que certains objets faisaient partie de la succession, cette Erreur n'empêchera pas que la veute n'ait tout son effet ; et l'héritier ne sera pas relevé, pour n'avoir pas connu ces objets, parceque la vente de droits successifs renferme en soi quelque chose d'aleatoire, qu'il peut s'y rencontrer de la perte comme du profit, et que les parties n'ont pas entendu traiter d'objets certains et determines, mais seulement de droits qui devaient être plus ou moins lucratifs. V. *Droits Successifs*.

V. Il y a certains eas où l'Erreur de fait n'exeuse pas : par exemple, on n'est pas écouté à alleguer l'Erreur de son propre fait ; car ee serait un acte de folie qu'on ne présume pas dans un homme qui n'est pas interdit pour cause de demence ou de fureur.

Digitized by Google

Il en est de même d'une ignorance crasse; on ne serait pas écouté à dire qu'on a ignore un fait qui était public et connu de toute la ville. *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis; ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo estimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas ætatis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur.* L. 6, D. *de juris et facti ignorantid.*

VI. Pour concilier les oppositions et les contrariétés qui paraissent se rencontrer dans les lois et dans les auteurs, touchant l'Erreur de droit, je crois qu'il faut poser pour principe, qu'on ne peut alléguer l'Erreur de droit, quand on a eu une juste raison de s'obliger ou de payer. Au contraire, l'Erreur de droit ne préjudicie pas quand l'obligation ou le paiement qu'on a fait, n'ont d'autre fondement que cette Erreur. Par exemple :

Une femme en puissance de mari a fait une obligation sans être autorisée; cette obligation est nulle. Mais si cette femme l'a acquittée depuis son veuvage, elle ne sera pas reçue à répéter la somme qu'elle aura payée par ignorance de droit; car, quand elle aurait su que les lois la mettaient à l'abri des recherches de ses créanciers, elle avait un motif suffisant pour payer, dans les principes du droit naturel qui lui prescrivait de ne faire tort à personne.

Un débiteur passe reconnaissance d'une rente dont le titre était prescrit; cet homme ne pourra pas non plus se faire restituer contre cette reconnaissance, ni alléguer l'Erreur de droit; car, quoique l'action fût prescrite, la dette subsistait toujours, et le débiteur est censé avoir renoncé à l'exception résultante de la prescription.

Le prêt fait au fils de famille était nul, en vertu du sénatus-consulte Macédonien; cependant, si le fils de famille avait payé depuis la mort de son père, le paiement était valable, et il ne pouvait le répéter.

Il n'en était pas de même du cautionnement de la femme. Suivant le sénatus-consulte Velléien, une femme ne pouvait s'obliger pour une autre personne; si elle le faisait, son cautionnement était nul, et elle avait la répétition de ce qu'elle avait payé.

La raison de différence entre le cautionnement de la femme et l'obligation du fils de famille, est clairement expliquée dans la loi. — Le senatus-consulte Macedonien déclarait nulle l'obligation du fils de famille en haine du prêteur; mais le fils de famille qui avait profité du prêt, était obligé en conscience de le rendre.—Le senatus-consulte Velléien, au contraire, avait été établi en faveur de la femme, et pour la mettre à l'abri des pièges tendus à sa faiblesse et à son ignorance; et la femme, qui ne profitait de rien, était censée n'avoir payé que par un abus de confiance que la loi avait voulu prévenir.

Si l'Erreur de droit est la seule cause de l'obligation, cette cause se trouvant fausse, l'obligation sera nulle. Par exemple, si celui qui acquiert un fief dans une coutume où il n'est dû aucun droit pour cette acquisition, va trouver le seigneur du fief dominant, et compose avec lui d'un droit de relief qu'il croit être dû, cette convention, qui n'a d'autre fondement que l'Erreur de droit, n'obligera pas au paiement de ce droit de relief qui n'était pas dû.

Il est vrai que la loi 10, C. *de juris et facti ignorantid*, décide qu'on ne pourra pas repeter la somme qui aura été payee par Erreur de droit, et que la répétition n'appartient qu'à ceux qui ont payé par Erreur de fait. Mais il faut entendre cette loi avec les modifications que nous avons rapportees plus haut; sans cela elle se trouverait en opposition avec quantité d'autres, et détruirait les principes d'équité établis pour les obligations. Celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû, n'est pas plus favorable que celui qui paye ce qu'il ne doit pas. Il faudrait dire qu'une obligation peut subsister sans cause; car c'est la même chose qu'il n'y ait pas de cause, ou que la cause soit fausse; que la loi punit comme un délit l'Erreur de droit, par la perte de la chose qui en a été le sujet; et que celui qui s'est trompé, a mérité d'être dépouillé de son bien, lequel doit rester à celui qui n'y avait aucun droit.

[[Cette doctrine n'est pas exacte. *V. Ignorance.*]]

VI. Des raisons d'intérêt public ont donné lieu à cette maxime, que l'Erreur commune ou générale opère autant que le droit. On cite, pour autoriser cette maxime, la loi *Babarius Philippus* 3, D. *de officio prætorum.* Dans l'espèce de cette loi, un esclave dont on ignorait la condition, avait été élevé à la dignité de prêteur; la difficulté était de savoir si les actes que cet esclave avait faits pendant sa préture, étaient nuls, ou si, au contraire, l'intérêt de ceux qui avaient traité devant lui sur la foi publique, devait l'emporter. Ulpien répond que ces actes ne doivent pas être annulés, *et verum puto nihil eorum reprobari.*

On peut encore appuyer cette maxime sur l'autorité de la loi 2, C. *de sententiis et interlocutionibus.*

Il faut cependant que cette Erreur publique ait quelque fondement et quelque apparence de régularité; en sorte qu'elle ne serve qu'à couvrir le vice qui se rencontre dans la forme du titre, ou dans la capacité de celui qui exerce des fonctions publiques. Car si un homme, sans aucun titre, avait fait quelques fonctions publiques, cet homme serait un faussaire, et tout ce qu'il aurait fait serait nul.

Un ecclésiastique qui n'était pas prêtre (qualité requise pour être official), ayant fait les fonctions d'official, on interjeta appel comme d'abus d'une procédure qu'il avait faite. Le parlement de Toulouse, par arrêt du 15 mai 1668, confirma la procédure. Il enjoignit seulement aux prélats de garder l'ordonnance, dans l'établissement des officiaux.

Digitized by Google

V. Cujas, sur le titre du digeste *de juris et facti ignorantiâ*; dans ses *quæst. Papinian.* loi 7, et lib. 18, *observat.* 33; Jean Robert, *sentent. juris*, lib. 10, cap. 6, et seq.; les *Lois civiles* de Domat; les *Pandectæ Justinianæ*, et le traité des obligations de Pothier; Henrys, liv. 2, chap. 4, quest. 28; M. d'Aguesseau, *Dissertation sur l'erreur de droit*, tome 5; les *Lois ecclésiastiques* de d'Héricourt, chap. 2, n. 26; Fevret, *Traité de l'abus*, liv. 4, chap. 3, n. 24, etc. *V.* aussi *Loi*, *Coutume*, *Obligation*, etc. (M. La Forest.)*.

ESCARTS, ESCAS. V. *Ecart.*

* ESCLAVAGE. C'est l'état de la personne qui est en servitude et sous la puissance absolue d'un maître.

§. I. *Origine, Progrès et Abolition de l'Esclavage.*

Tous les hommes naisseut incontestablement libres; mais la loi du plus fort, le droit de la guerre, l'ambition, l'amour de la domination, le luxe, ont introduit l'Esclavage dans toutes les parties du monde et chez la plupart des nations.

On a distingué l'Esclavage en réel et personnel: l'Esclavage réel est celui qui attache l'esclave au fonds de la terre; l'Esclavage personnel regarde le ministère de la maison, et se rapporte plus à la personne du maître. L'abus extrême de l'Esclavage est lorsqu'il se trouve en même temps personnel et réel. Telle était chez les Juifs la servitude des étrangers; ils exerçaient à leur égard les traitemens les plus rudes: en vain Moïse leur criait: « Vous n'aurez point sur vos esclaves d'empire rigoureux; vous ne les opprimerez point»; il ne put jamais venir à bout, par ses exhortations, d'adoucir la dureté de sa nation féroce. Il tâcha donc par ses lois d'y remédier.

Il commença par fixer un terme à l'Esclavage, et ordonner qu'il ne durerait, tout au plus, que jusqu'à l'année du jubilé pour les étrangers, et par rapport aux Hébreux, pendant l'espace de six ans.

Une des principales raisons de son institution du sabbat, fut de procurer du relâche aux serviteurs et aux esclaves.

Il établit encore que personne ne pourrait vendre sa liberté, à moins qu'il ne fût réduit à n'avoir plus absolument de quoi vivre. Il prescrivit que quand les esclaves se racheteraient, on leur tiendrait compte de leur service.

Si un maître avait crevé un œil ou cassé une dent à son esclave (et à plus forte raison sans doute s'il lui avait fait un mal plus considérable), l'esclave devait avoir sa liberté en dédommagement de cette perte.

Une autre loi de ce législateur porte que si un maître frappe son esclave, et que l'esclave meure sous le bâton, le maître doit être puni comme coupable d'homicide. Il est vrai que la loi ajoute que si l'esclave vit un jour ou deux, le maître est exempt de la peine. La raison de cette loi était peut-être que quand l'esclave ne mourait pas sur-le-champ, on présumait que le maître n'avait pas eu dessein de le tuer; et pour lors on le croyait assez puni d'avoir perdu ce que l'esclave lui avait coûté, sur le service qu'il en aurait tiré: c'est du moins ce que donnent à entendre les paroles qui suivent le texte, *car cet esclave est son argent.*

Les Lacédemoniens furent, dit-on, les premiers qui introduisirent l'Esclavage chez les Grecs, en réduisant en servitude leurs prisonniers de guerre. On voit que, peu contens d'avoir privé les Ilotes de leur liberté, ils eurent encore la barbarie de les condamner à un Esclavage perpétuel, et de défendre aux maîtres de les affranchir ni de les vendre hors du pays. Ainsi les Ilotes se virent soumis à tous les travaux hors de la maison, et à toutes sortes d'insultes dans la maison: l'excès de leur malheur allait au point qu'ils n'étaient pas seulement esclaves d'un citoyen, mais encore du public. Plusieurs peuples n'ont qu'un Esclavage réel, parce que leurs femmes et leurs enfans font les travaux domestiques; d'autres ont un Esclavage personnel, parceque le luxe demande le service des esclaves dans la maison: mais ici on joignait dans les mêmes personnes l'Esclavage réel et l'Esclavage personnel.

Il n'en était pas de même chez les autres peuples de la Grèce: l'Esclavage y était extrêmement adouci; et même les esclaves trop rudement traités par leur maître, pouvaient demander d'être vendus à un autre: c'est ce que nous apprend Plutarque.

Les Athéniens en particulier, au rapport de Xénophon, en agissaient envers leurs esclaves avec beaucoup de douceur: ils punissaient sévèrement, quelquefois même de mort, celui qui avait battu l'esclave d'un autre. La loi d'Athènes, avec raison, ne voulait pas ajouter la perte de la sûreté à celle de la liberté; aussi ne voit-on point que les esclaves aient troublé cette république, comme ils ébranlèrent Lacédémone.

Il est aisé de comprendre que l'humanité exercée envers les esclaves, peut seule prévenir, dans un gouvernement modéré, les dangers que l'on pourrait craindre de leur trop grand nombre. Les hommes s'accoutument à la servitude, pourvu que leur maître ne soit pas plus dur que la servitude. Ainsi rien n'est plus propre à confirmer cette vérité, que l'état des esclaves chez les Romains dans les beaux jours de la république.

Les premiers Romains traitaient leurs esclaves avec plus de bonté que ne l'a jamais fait aucun autre peuple: les maîtres les regardaient comme leurs compagnons; ils vivaient, travaillaient et mangeaient avec eux. Le plus grand châtiment qu'ils infligeaient à un esclave qui avait commis quelque faute, était de lui attacher une fourche sur le dos ou sur la poitrine, de lui étendre les bras aux deux bouts de la fourche, et de le promener ainsi dans les places publiques; c'était une peine ignominieuse, et rien de plus; les mœurs suffisaient pour maintenir la fidélité des esclaves. Bien loin d'empêcher, par des lois forcées, la multiplication de

Digitized by Google

ces organes vivans, ils la favorisaient au contraire de tout leur pouvoir, et les associaient, par une espèce de mariage qu'ils appelaient *contubernium*. De cette manière, ils remplissaient leurs maisons de l'un et de l'autre sexe, et peuplaient l'état d'un peuple innombrable : les enfans des esclaves, qui faisaient à la longue la richesse d'un maître, vivaient en confiance autour de lui; il était seul chargé de leur entretien et de leur éducation. Les pères, libres de ce fardeau, suivaient le penchant de la nature, et multipliaient sans crainte une nombreuse famille : ils voyaient sans jalousie une heureuse société dont ils se regardaient comme membres; ils sentaient que leur ame pouvait s'élever comme celle de leur maître, et n'éprouvaient point la différence qu'il y avait de la condition d'esclave à celle d'un homme libre : souvent même des maîtres généreux faisaient apprendre à ceux de leurs esclaves qui montraient des talens, les exercices, la musique et les lettres grecques : Térence et Phèdre sont d'assez bons exemples de ce genre d'éducation.

La république se servait avec un avantage infini de ce peuple d'esclaves, ou plutôt de sujets : chacun d'eux avait son *pécule*, c'est-à-dire, son petit trésor, sa petite bourse, qu'il possédait aux conditions que son maître lui imposait : avec ce pécule, il travaillait du côté où le portait son génie : celui-ci faisait la banque, celui-là se donnait au commerce de mer; l'un vendait des marchandises en détail, l'autre s'appliquait à quelque art mécanique, affermait ou faisait valoir des terres : il n'y en avait aucun qui ne s'attachât à faire profiter ce pécule, qui lui procurait en même temps l'aisance dans la servitude présente, et l'espérance d'une liberté future. Tous ces moyens repandaient l'abondance, animaient les arts et l'industrie.

Ces esclaves, une fois enrichis, se faisaient affranchir, et devenaient citoyens; la république se réparait sans cesse, et recevait dans son sein de nouvelles familles, à mesure que les anciennes se détruisaient. Tels furent les beaux jours de l'Esclavage, tant que les Romains conservèrent leurs mœurs et leur probité.

Mais lorsqu'ils se furent agrandis par leurs conquêtes et par leurs rapines, que leurs esclaves ne furent plus les compagnons de leurs travaux, et qu'ils les employèrent à devenir l'instrument de leur luxe et de leur orgueil, la condition des esclaves changea totalement de face; on vint à les regarder comme la partie la plus vile de la nation, et conséquemment on ne se fit aucun scrupule de les traiter inhumainement. Par la raison qu'il n'y avait plus de mœurs, on recourut aux lois; il en fallut même de terribles pour établir la sûreté de ces maîtres cruels, qui vivaient au milieu de leurs esclaves comme au milieu de leurs ennemis.

L'Esclavage n'ayant point été aboli par la loi de l'évangile, la coutume d'avoir des esclaves a duré encore long-temps depuis le christianisme, tant chez les Romains que chez plusieurs autres nations; il y a encore des pays où les esclaves sont communs, comme en Pologne, où les paysans sont naturellement esclaves des gentilshommes.

[[Ils ne le sont plus dans la partie de la Pologne qui forme actuellement le *duché de Varsovie* : le statut constitutionnel donné à ce duché, le 22 juillet 1807, par l'Empereur NAPOLÉON, en exécution du traité de Tilsit du 5 du même mois, porte, tit. 1, art. 4 : « L'Esclavage est aboli; tous les citoyens sont égaux devant la loi; l'état des personnes est sous la protection des tribunaux. »]]

En France, il y avait aussi autrefois des esclaves de même que chez les Romains; ce qui vient de ce que les Francs laissèrent vivre les Gaulois et les Romains suivant leurs lois et leurs coutumes.

Childebert ordonna, en 554, que l'on ne passât point en débauches les nuits des vigiles de Pâques, Noël et autres fêtes, à peine, contre les contrevenans, de condition servile, de cent coups de verge.

Outre les véritables esclaves, il y avait en France beaucoup de serfs qui tenaient un état mitoyen entre la servitude romaine et la liberté. Louis-le-Gros affranchit tous ceux qui étaient dans les terres de son domaine, et il obligea peu à peu les seigneurs de faire la même chose dans leurs terres. Saint Louis et ses successeurs abolirent aussi, autant qu'ils purent, toutes les servitudes personnelles. Il y a pourtant encore dans quelques coutumes des serfs de main-morte, qu'on peut comparer en quelque sorte aux esclaves. — [[Il n'en existe plus aujourd'hui : les lois du 4 août 1789 ont aboli la main-morte.]]

Il y avait même quelques esclaves en France dans le treizième siècle : en effet, Philippe-le-Bel, en 1296, donna à Charles de France son frère, comte de Valois, un juif de Pontoise, et paya 300 liv. à Pierre de Chambly, pour un juif qu'il avait acheté de lui.

Mais aujourd'hui, en France, toute personne est libre : il ne reste plus d'esclaves dans les pays qui sont sous la domination du roi, que dans les îles françaises d'Amérique ou d'Afrique.

§. II. *De l'Esclavage dans les colonies françaises d'Afrique et d'Amérique.*

On a permis aux habitans de ces pays d'acheter et d'y avoir des esclaves nègres. L'édit du mois de mars 1685, appelé communément *le Code noir*, contient divers réglemens par rapport à ces esclaves.

Suivant cette loi, les hommes libres qui ont un ou plusieurs enfans de leur concubinage avec leurs esclaves, et les maîtres qui l'ont souffert, doivent être condamnés chacun à une amende de deux mille livres de sucre; et si c'est le maître de l'esclave, il doit en outre être privé de l'esclave et des enfans, qui, ainsi qu'elle, doivent être confisqués au profit de l'hôpital, sans pouvoir jamais être affranchis. Ces peines n'ont cependant point lieu lorsque le maître,

Digitized by Google

n'étant point marié, épouse légalement son esclave, laquelle est affranchie par ce moyen, et les enfans rendus libres et légitimes.

Toutes les formalités prescrites par les ordonnances, sont nécessaires pour les mariages des esclaves, excepté le consentement du père et de la mère de l'esclave: celui du maître suffit. Les curés [[aujourd'hui les officiers de l'état civil]], ne doivent point marier les esclaves, sans qu'on leur fasse apparoir de ce consentement; il est défendu aux maîtres d'user d'aucune contrainte sur les esclaves, pour les marier contre leur gré.

Les enfans qui naisseut d'un mariage entre esclaves, sont aussi esclaves, et appartiennent au maître de la femme esclave, et non à celui du mari, si le mari et la femme ont des maîtres différens.

Lorsqu'un esclave épouse une femme libre, les enfans, tant mâles que femelles, suivent la condition de leur mère, et sont libres comme elle, nonobstant la servitude de leur père; et si le père est libre et la mère esclave, les enfans sont pareillement esclaves.

Les esclaves ne peuvent porter aucune arme offensive, ni de gros bâtons, à peine du fouet et de confiscation des armes au profit de celui qui les en trouve saisis; à l'exception de ceux qui sont envoyés à la chasse par leurs maîtres, et qui sont porteurs de leur billet ou marque connue.

Il est défendu aux esclaves de différens maîtres de s'attrouper, soit le jour ou la nuit, sous prétexte de noces ou autrement, soit chez un de leurs maîtres ou ailleurs, encore moins dans les grands chemins ou lieux écartés, à peine de punition corporelle, qui ne peut être moindre que du fouet et de la flétrissure; et en cas de fréquentes recidives et autres circonstances aggravantes, ils peuvent être punis de mort.

Les maîtres convaincus d'avoir permis ou toléré de grandes assemblées, composées d'autres esclaves que de ceux qui leur appartiennent, doivent être condamnés en leur propre et privé nom à reparer tout le dommage fait à leurs voisins à l'occasion de ces assemblées, et à dix écus d'amende pour la première fois, et au double en cas de récidive.

Il est défendu aux esclaves de vendre des cannes de sucre pour quelque cause ou occasion que ce soit, à peine du fouet contre l'esclave, et de dix livres contre le maître qui l'a permis, et de pareille amende contre l'acheteur.

Ils ne peuvent pas non plus exposer en vente au marché, ni porter dans les maisons pour vendre, aucune denrée, fruits, legumes, bois, herbes, bestiaux de leurs manufactures, sans permission expresse de leurs maîtres par un billet ou par des marques connues, à peine de revendication des choses ainsi vendues, sans restitution du prix par le maître, et de six livres d'amende à son profit contre l'acheteur. Il doit y avoir dans chaque marché deux personnes pour tenir la main à cette disposition.

Les maîtres sont tenus de fournir chaque semaine à leurs esclaves âgés de dix ans et au-dessus, pour leur nourriture, deux pots et demi, mesure du pays, de farine de manioc, ou trois cassaves pesant deux livres et demie chacune au moins, ou choses équivalentes, avec deux livres de bœuf salé, ou trois livres de poisson, ou autres choses à proportion, et aux enfans, depuis qu'ils sont sevrés jusqu'à l'âge de dix ans, on doit fournir la moitié des mêmes vivres.

Il est défendu aux maîtres de donner aux esclaves de l'eau-de-vie de canne guildent, pour tenir lieu de ces vivres, ni de se décharger de la nourriture de leurs esclaves, en leur permettant de travailler certain jour de la semaine pour leur compte particulier.

Chaque esclave doit avoir par an deux habits de toile, ou quatre aunes de toile, au gré du maître.

Les esclaves qui ne sont point nourris, vêtus et entretenus par leurs maîtres, selon le réglement, peuvent en donner avis au procureur du roi, et mettre leurs mémoires entre ses mains, sur lesquels, et même d'office, les maîtres peuvent être poursuivis à sa requête et sans frais. La même chose doit être observée pour les traitemens inhumains exercés contre les esclaves.

Ceux qui deviennent infirmes par vieillesse, maladie ou autrement, soit que la maladie soit incurable ou non, doivent être nourris et entretenus par leur maître; et en cas qu'ils les ait abandonnés, les esclaves doivent être adjugés à l'hôpital, et les maîtres condamnés à payer six sous par jour pour la nourriture et l'entretien de chaque esclave.

Les esclaves ne peuvent rien avoir qui ne soit à leur maître; et tout ce qui leur vient par industrie ou par la libéralité d'autres personnes, ou autrement, est acquis en pleine propriété à leur maître, sans que les enfans des esclaves, leurs pères, leurs parens et tout autre, libre ou esclave, puissent y rien prétendre par succession, disposition entre-vifs ou à cause de mort, lesquelles dispositions seraient nulles, ensemble toutes promesses et obligations qu'ils auraient faites, comme étant faites par gens incapables de disposer et de contracter de leur chef.

Les maîtres sont néanmoins tenus de ce que les esclaves ont fait par leur ordre, et de ce qu'ils ont opéré et négocié dans la boutique et pour le commerce auquel le maître les a préposés; mais le maître n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit. Le pécule que le maître a promis à son esclave, en est tenu après que le maître en a déduit par préférence ce qui peut lui en être dû, à moins que le pécule ne consistât en tout ou en partie en marchandises dont les esclaves avaient permission de faire trafic à part; le maître y viendrait par contribution avec les autres créanciers.

On ne peut pourvoir les esclaves d'aucun office, ni commission ayant quelque fonction publique, ni les constituer agens pour d'autres que leur mai-

Digitized by Google

tre: ils ne peuvent être arbitres; et si on les entend comme témoins, leur déposition ne sert que de mémoire, sans qu'on en puisse tirer aucune présomption, ni conjecture, ni adminicule de preuve; ils ne peuvent ester en jugement en matière civile, soit en demandant ou défendant, ni être partie civile en matière criminelle.

On peut les poursuivre criminellement, sans qu'il soit besoin de rendre le maître partie, sinon en cas de complicité.

L'esclave qui frappe son maître, ou la femme de son maître, ou leurs enfans, avec effusion de sang, ou au visage, doit être puni de mort. Les autres excès commis contre des personnes libres, et les vols sont aussi punis sévèrement, même de mort, s'il y échoit.

En cas de vol ou d'autre dommage causé par l'esclave, outre la peine corporelle qu'il subit, le maître doit en son nom réparer le dommage, si mieux il n'aime abandonner l'esclave; ce qu'il doit opter dans trois jours.

Un esclave qui a été en fuite pendant un mois, à compter du jour que son maître l'a dénoncé en justice, doit avoir les oreilles coupées, et être flétri sur l'épaule; la seconde fois, il doit être marqué de même, et on lui coupe le jaret; la troisième fois on le punit de mort.

Les affranchis qui donnent retraite aux esclaves fugitifs, doivent être condamnés par corps envers leur maître, à une amende de trois cent livres de sucre pour chaque jour de rétention.

L'esclave qu'on punit de mort sur la dénonciation de son maître, non complice du crime, doit être estimé avant l'exécution par deux personnes que le juge a nommées, et le prix de l'estimation doit être payé au maître, à l'effet de quoi ce prix doit être réparti par l'intendant sur chaque tête de nègre payant droit.

Il est permis aux maîtres, lorsque les esclaves l'ont mérité, de les faire enchaîner, et de les faire battre de verges ou de cordes; mais ils ne peuvent leur donner la torture, ni leur faire aucune mutilation de membre, à peine de confiscation des esclaves: si un maître ou un commandeur tue un esclave à ses ordres, il doit être poursuivi criminellement; mais s'il y a lieu de l'absoudre, il n'est pas besoin pour cela de lettres de grace.

Les esclaves sont meubles; comme tels ils entrent en communauté, et n'ont point de suite par hypothèque.

[[On a douté s'ils devaient suivre en succession la loi du domicile du propriétaire. Mais ce doute n'était fondé sur rien. Dès qu'ils sont meubles, les principes veulent qu'ils aient dans le domicile de la personne à laquelle ils appartiennent, une situation feinte qui leur en fasse subir toutes les lois. C'est ce qui a été jugé au parlement de Paris en 1784. Voici le fait.

Jean de Gua, et Jeanne Harrigue, son épouse, domiciliés en Languedoc, avaient sept enfans. Bernard de Gua, l'un d'eux, est passé en Amérique au service de l'état. Après y avoir exercé successivement les fonctions de major du petit Goave et celles de major du Cap, il est revenu en France pour solliciter une nouvelle place; et sa mort l'a enlevé, à son débarquement, le 17 juin 1744.— Après différens événemens survenus dans la famille, et dont le détail serait aussi long que superflu, il s'est élevé des contestations sur le partage des biens qu'il avait laissés. — Ces biens étaient des terres en Languedoc, des meubles et une maison tant en cette province qu'à Saint-Domingue; enfin des nègres. Deux des principaux points de difficulté étaient de savoir s'il avait conservé son domicile de droit en Languedoc, et si, en conséquence, les nègres devaient, comme meubles, être régis par le droit écrit.—L'abbé de Gua, l'un des héritiers, soutenait la négative de l'une et de l'autre question. Suivant lui, le défunt avait perdu son domicile d'origine et en avait acquis un nouveau à Saint-Domingue: d'ailleurs, la défense que fait le *Code noir* d'amener des nègres en France, empêchait qu'on ne les confondît dans le mobilier pour le soumettre au droit écrit; attachés par la loi même à l'île de Saint-Domingue, ils ne pouvaient être régis que par la coutume de Paris.—La dame d'Arnave et le sieur de la Baume-d'Angély, qui avaient le plus grand intérêt de faire régler la succession mobilière par le droit écrit, ont d'abord prouvé que Bernard de Gua n'avait pas cessé d'avoir son domicile en Languedoc.—Ils ont ensuite établi que malgré la défense du *Code noir* d'amener des nègres en France, on ne pouvait leur faire suivre en succession d'autre loi que celle du domicile de droit du propriétaire à qui ils appartenaient. —Il était aussi sage que juste (disaient-ils), de défendre l'exportation des nègres. La constitution politique et morale de nos colonies exige que le service domestique et la culture des terres ne s'y fassent que par des esclaves; et les colonies ne pouvant s'en procurer que par la voie du commerce à la côte de Guinée ou à quelques autres endroits, il fallait pourvoir à ce que, sous aucun prétexte, ils ne passent être distraits de leur destination. Mais, s'agit-il de déterminer quelle est leur nature dans le patrimoine de leur maître? Le législateur décide qu'ils sont meubles. Il faut donc, dans l'espèce, qu'ils suivent ainsi que le mobilier d'Amérique, la loi du domicile qui a constamment été en Languedoc, et qu'ils soient gouvernés par le droit écrit.—Effectivement, par arrêt rendu de grands commissaires, à la deuxième chambre des enquêtes, le 31 janvier 1784, au rapport de M. Huguet de Semonville, sur l'appel d'une sentence des requêtes du palais, du 3 septembre 1778, il a été jugé que le défunt avait eu son domicile en Languedoc, et qu'en conséquence les meubles, les nègres mêmes, devaient être régis, dans la succession, par les maximes du droit écrit.]]

Dans la saisie des Esclaves, on suit les mêmes règles que pour les autres saisies mobilières; il faut seulement observer que l'on ne peut saisir et ven-

Digitized by Google

dre séparément le mari et la femme, et leurs enfans impubères, s'ils sont tous sous la puissance du même maître. On doit observer la même chose dans les ventes volontaires.

Les esclaves âgés de quatorze ans et au-dessus jusqu'à soixante, travaillant actuellement dans les sucreries, indigoteries et habitations, ne peuvent être saisis pour dettes, sinon pour ce qui est dû sur le prix de leur achat, ou que la sucrerie, indigoterie ou habitation ne soient saisies réellement, les esclaves de cette qualité étant compris dans la saisie réelle.

Les gardiens nobles et bourgeois, usufruitiers, administrateurs et autres, jouissant des fonds auxquels sont attachés des esclaves qui travaillent, doivent gouverner ces esclaves en bons pères de famille, et sans qu'ils soient tenus, après leur administration, de rendre le prix de ceux qui sont décédés ou diminués par maladie, vieillesse ou autrement, sans leur faute. Ils ne peuvent d'ailleurs retenir comme fruits les enfans nés des esclaves durant leur administration; ces enfans doivent être rendus au propriétaire.

L'édit de 1685 permettait aux maîtres âgés de vingt ans, d'affranchir leurs esclaves par acte entre-vifs ou à cause de mort, sans être obligés d'en rendre raison, et sans avis de parens; mais la déclaration du 13 décembre 1723 défend aux mineurs, quoiqu'émancipés, de disposer des nègres qui servent à exploiter leurs habitations, avant qu'ils aient atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, sans néanmoins que les nègres cessent d'être réputés meubles par rapport à tout autre objet.

Par une ordonnance du 15 juin 1736, le pouvoir d'affranchir fut restreint aux maîtres qui en avaient obtenu la permission par écrit des gouverneurs et intendans ou commissaires ordonnateurs. Tout affranchissement fait sans cette permission, était nul; et le maître qui l'avait fait, devait être condamné à une amende arbitraire, outre la confiscation de l'esclave qu'il avait voulu affranchir.

[[Mais depuis il est intervenu, sur cette matière, d'autres réglemens qu'il importe de connaître. Nous ne pouvons en donner une idée plus juste ni plus précise, qu'en transcrivant ici la lettre circulaire que M. François (de Neufchâteau), alors procureur général du conseil supérieur du Cap-Français, aujourd'hui sénateur, a écrite, à ce sujet, le 15 mai 1785, à tous les curés, greffiers, notaires, procureurs et huissiers de son ressort. Elle a d'ailleurs un autre objet également intéressant, les noms de famille des nègres et des gens de couleur. En voici les termes :

« Je suis instruit du relâchement introduit peu à peu dans la discussion scrupuleuse que l'on devrait faire de l'état des noirs et des gens de couleur, avant de leur donner la qualité de libres. La colonie a pourtant sur ce point des lois multipliées et précises, d'après lesquelles toutes les personnes publiques ont deux objets principaux à examiner, relativement à l'état des gens de couleur : 1°. leur qualité de libres, 2°. leurs noms de famille.

» 1°. Quant à la qualité de libres, l'ordonnance du roi du 15 juin 1736, concernant les affranchissemens et le baptême des esclaves nègres, défend aux prêtres et religieux desservant les cures aux îles, de baptiser comme libres, aucuns enfans, à moins que l'affranchissement des mères ne leur soit prouvé auparavant par des actes de liberté, revêtus de la permission par écrit des gouverneur et intendant, desquels actes ils seront tenus de faire mention sur les registres de baptême.

» Cette permission, pour être en règle, doit être revêtue de diverses formalites, qui ont été fixées par des lois postérieures. Suivant l'arrêt de réglement du conseil supérieur du Cap, sur la police des esclaves, du 7 avril 1758, les mulâtres et nègres *affranchis*, doivent faire enregistrer la ratification de leurs libertés, aux greffes des juridictions où ils font leur domicile. Les nègres et mulâtres, *libres de naissance*, doivent faire pareillement enregistrer en ces greffes, les actes de ratification de la liberté de leur mère, et y annexer leur extrait de baptême. — Ce même arrêt fait défenses aux juges, greffiers et notaires, de reconnaître pour libres et de passer comme tels, en aucun acte, les mulâtres et nègres qui n'auront pas justifié de leur liberté.

» Depuis cet arrêt, le roi lui-même s'est expliqué sur la forme des affranchissemens des esclaves, par son ordonnance du 10 juillet 1768 ».

» L'art. 2 de cette ordonnance défend à tout maître de quelque qualité et condition qu'il soit, d'affranchir aucun de ses esclaves, même en vertu de la permission qu'il en aurait obtenue des gouverneur-lieutenant-général et intendant, sans avoir préalablement fait publier ladite permission à la barre du siège royal dans le ressort duquel il fait sa demeure, pendant trois audiences consécutives.

» L'art. 3 veut que tous les actes d'affranchissement soient faits au greffe du siège, ou passés pardevant notaires. Dans ce dernier cas, l'expédition de l'acte de liberté doit être déposée au greffe; et soit que ledit acte ait été fait devant notaire ou au greffe du siège, il y sera fait mention si les formalites preserites par la présente ordonnance, et celles qui l'ont précédée, ont été observées.

» Prenez garde, monsieur, que les affranchissemens postérieurs à l'année 1775, ne peuvent être valables, s'ils ne sont émanés de l'autorité de MM. les administrateurs de la colonie. L'art. 18 de l'ordonnance du 23 octobre de cette année, concernant les libertés, défend à tous maîtres ou propriétaires d'esclaves, de se pourvoir à l'avenir pardevant un gouverneur étranger, soit directement, soit par personnes interposées, pour procurer la liberté auxdits esclaves.

» Cet article vous apprend ce que vous devez juger des libertes simulées que l'on procure à certains nègres, dans le voisinage de la partie espagnole de cette île.

Digitized by Google

» C'est d'après toutes ces lois que vous devez examiner la qualité des affranchis et des libres, qui ne sont et ne peuvent être reputés tels aujourd'hui qu'en vertu d'un acte authentique, et d'une permission des chefs de la colonie, publiés à la barre des sièges, puis déposés et enregistrés dans leurs greffes.

» Ces précautions importantes ont été dictées à la fois pour l'intérêt des maitres, et pour la sûreté des affranchis. L'ordre public ne permet pas qu'on s'en écarte.

» Au surplus, l'intention du conseil supérieur est de maintenir strictement l'exécution des réglemens sur ce point. Son arrêt imprimé, du 25 novembre 1777, en est une preuve eclatante. Par cet arrêt, la cour, faisant droit sur les conclusions d'un de mes prédecesseurs, a renouvelé les défenses faites à tous les desservans des paroisses dans l'étendue de son ressort, de donner aux enfans de gens de couleur, la qualification de libres dans les actes de baptêmes, de mariages et sepultures, sans qu'il leur ait apparu des titres de ladite liberté; et ce, sous les peines de droit.

» 2°. Quant aux noms de famille des gens de couleur, le réglement du 16 juillet 1773 prescrit, art. 1er, que toutes négresses, mulâtresses, quarteronnes et métives libres non mariées, qui feront baptiser leurs enfans, seront tenues, outre le nom de baptême, de leur donner un surnom tiré de l'idiome africain, ou de leur métier et couleur, mais qui ne pourra jamais être celui d'aucune famille blanche de la colonie; et ce, à peine de mille livres d'amende, et d'être tenues de tous dommages-interêts et réparations civiles envers la famille dont le surnom aurait été usurpé.

» L'art. 2 enjoint à tous curés, vicaires et autres desservans de paroisse de tenir la main à l'exécution pleine et entière de l'article ci-dessus, en inserant, dans l'acte baptistaire, le surnom qui aura été donné, à peine de suspension du paiement de leurs pensions pour la première fois, et de plus grande peine, en cas de récidive.

» L'art. 6 fait très expresses inhibitions et défenses à tous curés, greffiers, notaires, procureurs et huissiers, de recevoir ou faire aucun acte de leur ministère, où les nègres et les gens de couleur libres ou affranchis, s'aviseraient de prendre le surnom, soit de leurs pères putatifs, soit de leurs maitres de race blanche. Il leur est enjoint, au contraire, d'en donner avis aux procureurs du roi ou à leurs substituts, afin qu'il y soit pourvu: et pour mettre lesdits curés, greffiers, notaires, procureurs et huissiers, en état de pouvoir juger du vrai surnom des nègres ou gens de couleur nes libres ou affranchis, lorsqu'ils se présenteront pour contracter, ils sont autorisés à exiger la représentation de leurs actes baptistaires et d'affranchissement, ainsi qu'expédition de la déclaration qu'ils auront faite aux greffes des juridictions.

» En vain les gens de couleur vous objecteront qu'ils ont passé tous leurs actes sous le nom d'une famille blanche, qu'ils ne sont connus que sous ce nom, etc. Vous ne pouvez vous dispenser d'executer littéralement les lois que je vous rappelle, et vous devez donner avis des contraventions à mes substituts, que j'avertis d'y tenir soigneusement la main ».]]

Au reste, un esclave que le maître nomme par testament pour être tuteur de ses enfans, est affranchi de plein droit.

Ceux qui sont affranchis sont réputés régnicoles, sans qu'ils aient besoin de lettres de naturalité.

Les affranchis sont obligés de porter un respect singulier à leurs anciens maîtres, à leurs veuves et à leurs enfans; en sorte que l'injure qu'ils leur feraient, serait punie plus grièvement que si elle était faite à une autre personne: du reste, les anciens maîtres ne peuvent prétendre d'eux aucun service ni droit sur leurs personnes et biens, ni sur leur succession.

Enfin, l'édit accorde aux affranchis les droits, privilèges et immunités dont jouissent les personnes nées libres.

Comme l'edit de 1685, dont on vient de rapporter les principales dispositions, ne concerne que les esclaves qui sont dans les colonies, il a fallu d'autres réglemens pour conserver aux maîtres leurs droits sur les esclaves, lorsqu'ils en amènent en France; et c'est à quoi il avait été pourvu par l'edit du mois d'octobre 1716, et par la déclaration du 15 septembre 1738.

Suivant ces lois, les maîtres qui avaient rempli les formalités prescrites, pouvaient, tandis qu'ils étaient en France, s'y faire servir par leurs esclaves, soit à Paris ou ailleurs: mais la facilité de la communication de l'Amérique avec la France, ayant singulièrement multiplié le nombre des nègres dans le royaume, au préjudice des colonies, elles ont sollicité le roi de défendre à l'avenir l'entrée du royaume à cette espèce d'hommes: elles ont exposé pour cet effet que les nègres étaient non seulement necessaires pour la culture des terres, mais encore que quand ils avaient séjourné dans les villes du royaume, sur-tout dans la capitale, et qu'ils retournaient dans les colonies, ils y portaient un esprit d'indépendance et d'indocilité, et y devenaient plus nuisibles qu'utiles. En conséquence, Louis XVI a donné, le 9 août 1777, une déclaration enregistrée au parlement de Paris le 27 du même mois, qui contient les dispositions suivantes:

« *Art.* 1. Faisons défenses expresses à tous nos sujets, de quelque qualité et condition qu'ils soient, même à tous étrangers, d'amener dans notre royaume, après la publication et enregistrement de notre presente déclaration, aucun noir, mulâtre, ou autres gens de couleur de l'un et de l'autre sexe, et de les y retenir à leur service, le tout à peine de trois mille livres d'amende, même de plus grande peine, s'il y échoit.

» 2. Défendons pareillement, sous les mêmes peines, à tous noirs, mulâtres ou autres gens de

couleur, de l'un et de l'autre sexe, qui ne seraient point en service, d'entrer à l'avenir dans notre royaume, sous quelque cause et prétexte que ce soit.

» 3. Les noirs ou mulâtres qui auraient été amenés en France, ou qui s'y seraient introduits depuis ladite publication, seront, à la requête de nos procureurs ès sièges des amirautés, arrêtés et reconduits dans le port le plus proche, pour être ensuite remharqués pour nos colonies, à nos frais, suivant les ordres particuliers que nous ferons expédier à cet effet.

» 4. Permettons néanmoins à tout habitant de nos colonies qui voudra passer en France, d'embarquer avec lui un seul noir ou mulâtre de l'un ou de l'autre sexe, pour le servir pendant la traversée, à la charge de le remettre, à son arrivée dans le port, au dépôt qui sera à ce destiné par nos ordres, et y demeurer jusqu'à ce qu'il puisse être remharqué; enjoignons à nos procureurs des amirautes du port où lesdits noirs auraient été débarqués, de tenir la main à l'exécution de la présente disposition, et de les faire remharquer sur le premier vaisseau qui fera voile dudit port pour la colonie de laquelle ils auront été amenés.

» 5. Les habitans desdites colonies, qui voudront profiter de l'exception contenue en l'article précédent, seront tenus, ainsi qu'il a toujours été d'usage dans nos colonies, de consigner la somme de mille livres, argent de France, ès mains du trésorier de la colonie, qui s'en chargera en recette, et de se retirer ensuite pardevers le gouverneur général ou commandant dans ladite colonie, pour en obtenir une permission qui contiendra le nom de l'habitant, celui du domestique noir ou mulâtre qu'il voudra emmener avec lui, son âge et son signalement; dans laquelle permission la quittance de consignation sera visée, à peine de nullité, et seront lesdites permission et quittance enregistrées au greffe de l'amirauté du lieu du départ.

» 6. Faisons très expresses défenses à tous officiers de nos vaisseaux de recevoir à bord aucun noir ou mulâtre, ou autres gens de couleur, s'ils ne leur représentent ladite permission dûment enregistrée, ainsi que la quittance de consignation, desquelles mention sera faite sur le rôle d'embarquement.

» 7. Défendons pareillement à tous capitaines de navire marchand, de recevoir à bord aucun noir, mulâtre ou autres gens de couleur, s'ils ne leur représentent la permission enregistrée, ensemble ladite quittance de consignation, dont mention sera faite dans le rôle d'embarquement; le tout à peine de mille livres d'amende pour chaque noir ou mulâtre, et d'être interdits pendant trois ans de toutes fonctions, même du double desdites condamnations, en cas de récidive: enjoignons à nos procureurs ès sièges des amirautes du lieu du débarquement, de tenir la main à l'exécution de la présente disposition.

» 8. Les frais de garde desdits noirs dans le dépôt, et ceux de leur retour dans nos colonies, seront avancés par le commis du trésorier général de la marine dans le port, lequel en sera remboursé sur la somme consignée en exécution de l'art. 5 ci-dessus; et le surplus ne pourra être rendu à l'habitant, que sur le vu de l'extrait du rôle du bâtiment sur lequel le noir ou mulâtre domestique aura été remharqué pour repasser dans les colonies, ou de son extrait mortuaire, s'il était décédé: et ne sera ladite somme passée en dépense aux trésoriers généraux de notre marine, que sur le vu desdits extraits en bonne et due forme.

» 9. Ceux de nos sujets, ainsi que les étrangers, qui auront des noirs à leur service lors de la publication et enregistrement de notre présente déclaration, seront tenus dans un mois, à compter du jour de ladite publication et enregistrement, de se présenter pardevant les officiers de l'amirauté dans le ressort de laquelle il sont domiciliés: et s'il n'y en a pas, pardevant le juge royal dudit lieu, à l'effet d'y déclarer les noms et qualités des noirs, mulâtres, ou autres gens de couleur, de l'un et de l'autre sexe, qui demeurent chez eux, le temps de leur débarquement, et la colonie de laquelle ils ont été exportés: Voulons que, passé ledit délai, ils ne puissent retenir à leur service lesdits noirs, que de leur consentement.

» 10. Les noirs, mulâtres ou autres gens de couleur, qui ne seraient pas en service au moment de ladite publication, seront tenus de faire aux greffes desdites amirautés ou juridictions royales, et dans le même délai, une pareille déclaration de leurs noms, surnoms, âge, profession, du lieu de leur naissance, et de la date de leur arrivée en France.

» 11. Les déclarations prescrites par les deux articles précédens, seront reçues sans aucuns frais, et envoyées par nos procureurs èsdits sièges, au secrétaire d'état ayant le département de la marine, pour, sur le compte qui nous en sera rendu, être par nous ordonné ce qu'il appartiendra.

» 12. Et attendu que la permission que nous avons accordée aux habitans de nos colonies par l'art. 4 de notre présente déclaration, n'a pour objet que leur service personnel pendant la traversée; voulons que lesdits noirs, mulâtres ou autres gens de couleur, demeurent, pendant leur séjour en France, et jusqu'à leur retour dans les colonies, en l'état où ils étaient lors de leur départ d'icelles, sans que ledit état puisse être changé par leurs maîtres, ou autrement.

15. Les dispositions de notre présente déclaration seront exécutées nonobstant tous édits, déclarations, règlemens, ou autres à ce contraires, auxquels nous avons dérogé et dérogeons expressément. Si donnons en mandement, etc. ».

[[L'art. 1er de la loi du 28 septembre 1791, concernant l'état des gens de couleur, va plus loin encore que cette déclaration. Il porte que « tout individu est libre aussitôt qu'il est en France »; et il ne fait en cela qu'appliquer aux nègres de nos colonies, cette maxime attestée par Bodin,

Digitized by Google

dans sa *république*, liv. 1, chap. 5, que « la servitude n'a point lieu en ce royaume; jusque-là même que l'esclave d'un etranger est franc et libre sitôt qu'il a mis le pied en France, comme il fut jugé par un ancien arrêt de la cour contre un ambassadeur ». Bodin ajoute qu'étant à Toulouse, il vit « qu'un Génevois y passant, fut contraint d'affranchir un esclave qu'il avait acheté en Espagne ».

Par une autre loi du 11 août 1792, l'assemblée législative supprima pour l'avenir « la prime ou encouragement accordé par l'arrêt du conseil de 1784, pour la traite des noirs ». Cette loi fut renouvelée par celle du 27 juillet 1793.

La loi du 16 pluviose an 2 alla plus loin : « La convention nationale (ce sont ses termes) déclare que l'esclavage des nègres dans toutes les colonies est aboli; en conséquence, elle décrète que tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français, et jouiront de tous les droits assurés par la constitution ». — On retrouve la même disposition dans une loi du 12 germinal suivant.

Mais les choses ont été retablies sur l'ancien pied, par la loi du 30 floréal an 10. — « *Art.* 1. Dans les colonies restituées à la France, en exécution du traité d'Amiens, du 6 germinal an 10, l'Esclavage sera maintenu conformement aux lois et réglemens antérieurs à 1789. — 2. Il en sera de même dans les autres colonies françaises au-delà du Cap de Bonne-Esperance. — 3. La traite des noirs et leur importation dans lesdites colonies, auront lieu conformément aux lois et réglemens existans avant ladite époque de 1789 ». V. *Gens de couleur*.]]

§. III. *De l'homme libre réduit à l'Esclavage par des pirates.*

Il arrive souvent que les Français qui sont sur les vaisseaux que prennent les corsaires barbaresques, se trouvent réduits dans l'Esclavage. Une femme peut, en cas pareil, s'obliger valablement et aliéner ses biens dotaux pour payer la rançon de son mari et le tirer de l'Esclavage. Telle est la disposition de l'art. 12 du tit. 6 du liv. 3 de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681.

L'art. 13 a ordonné que si une femme refusait de s'obliger pour tirer d'Esclavage son mari, et qu'une autre personne eût à cet effet prêté par autorité de justice les deniers nécessaires, cette personne serait préférée à la femme sur les biens du mari, à l'exception néanmoins de ce qui pourrait être dû à celle-ci pour le remboursement de sa dot.

Les mineurs sont aussi autorisés à contracter, par avis de parens, les obligations nécessaires pour tirer leur père d'Esclavage, sans qu'ils puissent se faire restituer. C'est ce qui résulte de l'art. 14.

Les matelots pris dans un navire et faits esclaves, ne peuvent rien prétendre contre les maîtres, ni contre les propriétaires, ou marchands chargeurs, pour le paiement de leur rançon. Cela est ainsi décidé par l'art. 16 du tit. 4 du liv. 3 de l'ordonnance citée.

Mais il en serait autrement si un matelot, étant envoyé en mer ou à terre pour le service du navire, venait à être fait esclave: dans ce cas, il serait fondé à demander le paiement de sa rançon jusqu'à concurrence d'une somme de trois cents livres, outre ses loyers, sur le navire seul, s'il n'avait été commandé que pour le service du navire, ou sur le navire et la cargaison, si ce service avait eu l'un et l'autre pour objet. La raison en est, qu'ayant été choisi pour faire ce service, qui regardait tout autre de l'équipage aussi bien que lui, il ne serait pas juste que son malheur fût pour son compte particulier. On conçoit que ce cas est tout différent de celui de la prise du navire, attendu que, dans ce cas de prise, le malheur de ceux qui sont faits esclaves leur est personnel, et que ceux que le pirate a épargnés ont couru les mêmes risques que ceux qu'il a pris. Au surplus, pour que le matelot fait esclave à terre ou en mer pour le service du navire, puisse exiger le paiement de sa rançon, il faut que le navire soit arrivé à bon port. C'est ce qui résulte de l'art. 17.

L'art. 18 veut que le régalement des sommes destinées au rachat des matelots, soit fait à la diligence du maître, incontinent après l'arrivée du vaisseau; et que les deniers soient déposés entre les mains du principal intéressé, qui est obligé de les employer sans retard au rachat, à peine du quadruple au profit des matelots esclaves.

Le régalement dont parle l'ordonnance, suppose que la cargaison doit contribuer au rachat comme le navire; car quand le navire est seul chargé de rachat, le régalement est tout fait. (M. Guyot.) *

[[On trouvera à l'article *Matelot* les dispositions du Code de commerce qui se rapportent à cette matière; et sous les mots *Légitime* et *Rapport*, des questions relatives à la rançon des esclaves en général. *V.* d'ailleurs *Affranchissement*, *Autorisation maritale*, *Domestique*, *Gens de couleur*, *Nègres*, *Prisonniers de guerre*, etc.]]

ESCLAVE. *V. Esclavage.*

ESCLESCHE. *V. Retrait d'esclèche.*

ESCOMPTE. *V. Caisse d'escompte.*

* ESCROQUERIE. *Escroc* est le nom qu'on donne à un fripon qui est dans l'habitude d'attraper de l'argent ou autre chose par ruse, par fourberie; et l'*Escroquerie* est l'action que commet l'Escroc en friponnant.

I. Le carcan est la peine la plus ordinaire attachée à l'Escroquerie. V. *Fol.* (M. Dareau.) *

[[Aujourd'hui la peine de l'Escroquerie est purement correctionnelle. Voici ce que porte à cet égard l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 : — « Ceux qui, par dol ou à l'aide de faux noms ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérances et de craintes chimériques, auraient abusé de la crédulité de quelques personnes, et escroqué la totalité ou partie de leur fortune, seront poursuivis devant les tribunaux de district;

Digitized by Google

et si l'Escroquerie est prouvée, le tribunal de district, après avoir prononcé les restitutions et dommages et intérêts, est autorisé à condamner, par la voie de police correctionnelle, à une amende qui ne pourra excéder 5,000 liv., et à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans. En cas d'appel, le condamné gardera prison, à moins que les juges ne trouvent convenable de le mettre en liberté, sur une caution triple de l'amende et des dommages et intérêts prononcés. En cas de récidive, la peine sera double. — Tous les jugemens de condamnation à la suite des délits mentionnés au présent article, seront imprimés et affichés. »

Ces mots, *à l'aide de faux noms*, ne doivent, suivant la loi du 7 frimaire an 2, être entendus que de *faux noms pris verbalement et sans écriture*. Car si une Escroquerie était commise à l'aide de faux noms pris par écrit, il y aurait, outre le délit d'Escroquerie, un crime de faux qui emporterait des peines afflictives. *V. Connexité*, §. 6; *Faux*, sect. 1, §. 7, 8, 9; et *non bis in idem*.

II. La loi du 6 frimaire an 2 a été aux tribunaux de district la connaissance des délits d'Escroquerie; et l'a attribuée aux tribunaux correctionnels, sauf l'appel aux tribunaux de district.

Aujourd'hui et depuis la publication du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, l'appel des jugemens rendus en cette matière par les tribunaux correctionnels, se porte devant les cours de justice criminelle.

III. L'Escroquerie commise en réeidive, peut elle encore être punie de quatre années d'emprisonnement? La raison de douter vient de ce que l'art. 233 de la constitution du 5 fructidor an 3 ne permet pas aux tribunaux correctionnels de prononcer de peine plus grave que l'emprisonnement pour deux années. Aussi tant que cette constitution a été en vigueur, a-t-on tenu pour maxime que, même en cas de récidive, l'Escroquerie ne pouvait pas être punie d'une plus sévère; et la cour de cassation l'a ainsi jugé le deuxième jour complémentaire an 4 et le 4 floréal an 5. Mais depuis que la constitution du 22 frimaire an 8 a remplacé et par conséquent abrogé celle du 5 fructidor an 3, la peine de l'emprisonnement pour quatre années doit sans difficulte être appliquée à l'Escroquerie commise en réeidive. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation du 29 fructidor an 8. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 352.

IV. Lorsque l'Escroquerie a été commise en surprenant une obligation à un homme qui ne doit rien, on une quittance à un créaneier que l'on n'a point pas payé, le tribunal correctionnel peut-il, sur la plainte de la partie lesée, annuller l'obligation ou la quittance, en même temps qu'il condamne l'escroc aux peines portées par la loi? L'affirmative n'est pas douteuse. *V.* le *Recueil* déjà cité, tome 8, page 695, et tome 9, page 380.

Par la même raison, l'acheteur qui, par une Escroquerie de son vendeur, a été trompé sur la consistance et la valeur du bien qu'il a acheté, peut poursuivre devant le tribunal correctionnel la résolution du contrat de vente et les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus; et la cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 28 vendémiaire an 10. *V.* le même *Recueil*, tome 4, page 338.

V. On a souvent abusé de l'art. 55 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, pour actionner devant les tribunaux correctionnels des personnes qui, bien que réprehensibles à certains égards, n'étaient cependant pas précisement dans le cas de cet article. Mais la cour de cassation a constamment réprimé ces écarts. On en a vu plusieurs exemples à l'article *dol*: en voici d'autres.

Le sieur Girard avait rendu contre la femme Vanquelin, une plainte contenant qu'elle avait emprunté de lui une somme d'argent, et que pour sûreté de cet emprunt, elle lui avait donné un gage; qu'elle avait ensuite envoyé chez lui sa fille pour retirer le gage, sous la promesse d'une obligation qu'elle devait lui remettre incessamment; qu'il avait en effet rendu le gage, comptant sur cette promesse; mais que depuis, la femme Vauquelin, au lieu de lui remettre l'obligation qu'elle lui avait promise, avait porté la mauvaise foi jusqu'à soutenir qu'elle lui avait rendu son argent. — Sur cette plainte, jugement du tribunal correctionnel de Caen, du 24 messidor an 7, qui déclare constans les faits imputés à la femme Vauquelin, et condamne celle-ci aux peines de l'Escroquerie. — La femme Vauquelin appelle de ce jugement; mais par arrêt du 13 fruetidor suivant, la cour de justice criminelle du département du Calvados dit qu'il a été bien jugé. — Recours en cassation de la part du ministère publie; et le 24 brumaire an 8, arrêt, au rapport de M. Ritter, qui, — « Vu l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, et l'art. 456 du Code des delits et des peines; et attendu que, dans l'espèce, les faits déclarés constans par les jugemens attaqués, ne sont pas de la nature de ceux prévus par l'art. 35 ci-dessus transcrit, qui leur a cependant été appliqué...; casse et annulle... ».

Cet arrêt juge clairement que l'abus de confiance ne porte pas par lui-même le caractère de l'Escroquerie. Les deux suivans confirment de plus en plus cette maxime.

Le 15 frimaire an 12, Touchard souscrit deux billets à ordre de 700 francs chacun, payables, l'un le 3 nivose, l'autre le 15 pluviose de la même année. — Le 14 nivose an 12, Goursault, porteur de ces deux billets, fait protester le premier faute de paiement. — Le 19 du même mois, jugement qui condamne Touchard à payer le montant de ce billet. — Touchard, poursuivi pour l'exécution de ce jugement, s'adresse à Lemonnier, qui offre de lui prêter 700 francs, mais sous la condition qu'il lui sera remis un nouveau billet de 700 francs souscrit par Touchard à l'ordre de Goursault et endossé par celui-ci. Ce billet est effectivement créé, endossé et remis à Lemonnier. Mais Goursault devenant par l'endossement dont il avait revêtu ce nouveau billet, garant de Touchard, de-

Digitized by Google

mande à ce dernier un gage qui le prémunisse contre les effets de cette garantie. Tonchard, pour lui donner satisfaction à cet égard, consent que le billet acquitté des deniers de Lemonnier, demeure, à titre de nantissement entre les mains de Goursault, jusqu'au paiement du billet qui a été remis à Lemonnier, et que Goursault a endossé. — Les choses en cet état, Goursault continue ses poursuites pour l'exécution du jugement du 19 nivose an 12, come si le billet qu'il tient en nantissement lui appartenait encore et n'était pas acquitté. — Plainte en Escroquerie de la part de Touchard. — Goursault cité, sur cette plainte, devant le tribunal correctionnel de la Flèche, soutient que l'action dirigée contre lui est purement civile, et demande son renvoi. — Par jugement du 19 nivose an 13, le tribunal correctionnel se déclare incompétent et renvoie les parties à fins civiles. — Sur l'appel, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Sarthe, du 24 ventose de la même année, qui déclare que le billet dont Goursault a poursuivi le paiement, ayant déjà été acquitté, il y a eu dol et Escroquerie de la part de Goursault; et en conséquence, reformant le jugement du tribunal correctionnel, renvoie les parties devant le tribunal correctionnel du Mans. — Goursault se pourvoit en cassation; et le 8 thermidor an 13, arrêt, au rapport de M. Lachèze, par lequel, « vu l'art. 456 du Code du 3 brumaire an 4, l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, et l'art. 12 de celle du 25 frimaire an 8; — Attendu que les faits exposés dans la plainte de Touchard, et ceux reconnus depuis par l'arrêt attaqué, consistant, en substance, en ce que Goursault retenait indûment un billet déjà acquitté et en poursuivait une seconde fois le paiement, caractérisaient bien un manquement de foi, un abus de confiance, mais non le genre de délit prévu par l'art. 35 de la loi du 22 juillet 1791, puisque n'était par suite d'une convention libre et raisonnable, et non par l'effet du dol et de la fraude du prévenu, que ce billet, quoique acquitté, était resté dans les mains de Goursault; qu'il n'y avait en effet rien d'illicite dans la convention par laquelle Goursault, en facilitant par son cautionnement, l'emprunt que Touchard faisait d'une somme de 700 fr. de Lemonnier et qui servait à le payer, retenait son billet quoique soldé, jusqu'au remboursement de celui de Touchard à Lemonnier, endossé par ledit Goursault; — Attendu, d'autre part, que l'inapplication de l'art. 42 de la loi du 25 frimaire an 8, résultant de ce que le billet acquitté par le moyen de la négociation faite avec Lemonnier, ne pouvait pas être considéré comme confié gratuitement à Goursault, puisqu'il était au contraire dans ses mains une sûreté de l'endossement qu'il avait fourni dans l'intérêt de Touchard; — Qu'enfin les discussions élevées entre Goursault et Touchard, qui se réduisaient à savoir si c'était à l'acquittement d'un billet échu le 3 nivose, ou à celui d'un autre billet de semblable somme échu le 15 pluviose, qu'avait servi l'emprunt fait par Touchard de Lemonnier, ne présentaient que des questions civiles; — La cour casse et annulle... ».

En fructidor an 11, le sieur Boudot donne à Viée une procuration portant pouvoir de gérer ses affaires, de compter et régler avec ses débiteurs, recevoir les capitaux qui lui sont dus, en faire emploi, etc. — En vertu de cette procuration, Viée reçoit de divers débiteurs du sieur Boudot, 8,400 fr.: le sieur Boudot lui remet en outre 6,000 francs; ce qui fait en tout 14,400 francs qu'il place au mont-de-piété de Paris, où, en échange de cette somme, on lui fournit des bons au porteur. — Quelque temps après, Viée rapporte ces bons à la caisse du mont-de-piété, retire la somme de 14,400 francs, et la perd au jeu. — Le sieur Boudot le fait citer au tribunal correctionnel de Paris, comme coupable d'Escroquerie. — Viée reconnaît qu'il a abusé de la confiance de son commettant: mais il soutient que par là il n'a pas commis un délit prévu par les lois, et qu'il n'est à cet égard justiciable que des tribunaux civils. — Le tribunal correctionnel se déclare incompetent. Appel. Par arrêt du 9 prairial an 13, la cour de justice criminelle du département de la Seine déclare Viée coupable d'Escroquerie; et lui appliquant l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, le condamne à six mois d'emprisonnement et à une amende de 300 francs. — Viée se pourvoit en cassation; et le 14 thermidor an 13, au rapport de M. Audier-Massillon, arrêt qui, « vu l'art. 35 de la loi du 22 juillet 1791, et l'art. 456 du Code du 3 brumaire an 4; attendu que des faits dont la preuve a été déclarée acquise par l'arrêt de la cour de justice criminelle de la Seine, rendu le 9 prairial dernier et dont il s'agit, il ne résulte pas que le réclamant se fût rendu coupable du délit défini par la loi du 22 juillet 1791; et qu'ainsi cet arrêt, en condamnant le réclamant aux peines prononcées par cet article, en a fait une fausse application; — La cour casse et annulle... »

Mais il y aurait véritablement Escroquerie, si à l'abus que le mandataire a fait de la confiance de son commettant, en s'appropriant l'argent qu'il avait reçu de lui, se joignaient, soit des craintes et des espérances chimériques, soit des manœuvres frauduleuses, qu'il eût employées pour surprendre sa crédulité et l'engager à lui confier cet argent.

Etienne-Victor Rives, exécuteur des jugemens criminels du département du Tarn, fut dénoncé au magistrat de sûreté de l'arrondissement d'Alby, comme prévenu d'avoir persuadé à différens particuliers que les ombres des morts apparaissaient aux vivans; qu'elles venaient souvent sur la terre pour reclamer des prières à l'effet de se redimer des flammes du purgatoire, et qu'en cas de refus, elles s'en vengeaient par des maladies qu'elles envoyaient aux hommes et aux animaux; de s'être fait compter par ces personnes trop crédules, diverses sommes d'argent qu'il avait promis d'employer à faire dire des messes pour le repos des ames des morts, à faire réciter des prières, à donner des pains bénits; et de se les avoir appropriées. — Par jugement du tribunal cor-

Digitized by Google

rectionnel d'Alby, les faits furent déclarés constans, et Rives fut condamné à une année d'emprisonnement et à 2,000 fr. d'amende. — Rives appela de ce jugement, mais sans succès : la cour de justice criminelle du département du Tarn, considérant qu'en le déclarant convaincu d'avoir, par dol et à l'aide d'espérances et de craintes chimériques, abusé de la crédulité d'un grand nombre de personnes, et de leur avoir escroqué diverses sommes d'argent, le tribunal d'Alby avait bien jugé, rejeta la requête d'appel. Recours en cassation contre cet arrêt. « — Il résulte bien (disait Rives) des dépositions des témoins et de l'aveu du suppliant, que trois d'entre eux lui ont remis quelques modiques sommes d'argent. Mais cet argent lui fut confié pour faire dire des messes. Il se chargea de ces commissions. Il résulte de là un contrat qu'on appelle *mandat*. Rives est devenu le *procureur fondé* de ceux qui l'ont chargé d'envoyer cet argent à St.-Estapi, pour faire dire des messes. Ceux-ci ont *une action pour lui faire rendre compte de sa mission; et cette action est purement civile*». — Mais par arrêt du 23 mai 1806, au rapport de M. Vergès, « attendu que les faits déclarés constans par l'arrêt attaqué, constituent le délit prévu par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791; la cour rejette le pourvoi.... ».

VI. Mais y a-t-il Escroquerie de la part du créancier qui, ayant reçu le montant ou une partie de sa creance, refuse d'en donner décharge à son débiteur?

Le 7 avril 1806, jugement du tribunal correctionnel de Bernay, qui déclare Jean-Pierre Lefebvre « convaincu d'Escroquerie envers Pierre Marais, son débiteur, pour avoir reçu de lui, vers le mois de frimaire an 14, une somme de 417 francs; avoir refusé de lui en donner un reçu et de lui passer cette somme en compte à valoir sur ses créances »; et lui faisant l'application de l'art. 32 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, le condamne à tenir compte à Marais, sur les sommes dont il lui est redevable, de celle de 417 francs, à 600 francs de dommages et intérêts, à trois mois d'emprisonnement et aux dépens. — Sur l'appel de Lefebvre, arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Eure, du 24 juin suivant, qui confirme ce jugement. — Lefebvre se pourvoit en cassation; et par arrêt du 29 août de la même année, au rapport de M. Aumont, — «Vu les art. 32 et 35 de la loi du 22 juillet 1791, et l'art. 456, n.os 1 et 6, du Code du 3 brumaire an 4; — Attendu que les faits imputés à Lefebvre par Marais, étaient, 1°. De lui avoir fait souscrire une obligation de 1,700 francs en remplacement d'une autre de 1,400 francs que ledit Lefebvre aurait néanmoins gardée dans ses mains; 2°. De lui avoir offert une somme de 417 francs qu'il aurait prise et dont il aurait refusé de donner quittance; que de ces deux chefs de plainte, le second a seulement paru constant au tribunal de police correctionnelle et à la cour de justice criminelle, qui ont déclaré Lefebvre « convaincu d'avoir reçu de Marais, vers le mois de frimaire dernier, une somme de 417 francs; d'avoir refusé de lui en donner un reçu et de la lui passer en compte à valoir sur ses créances; que dans ce fait ainsi précisé, on ne saurait apercevoir, soit le larcin, soit la filouterie, soit le simple vol, prevus par l'art. 32 de la loi citée de 1791; qu'on n'y voit pas davantage le délit mentionné à l'art. 35 de la même loi; qu'il n'y a eu ni dol, ni ruse, ni tromperie d'aucune espèce, employée par Lefebvre pour déterminer Marais au paiement de la somme dont il s'agit, puisque tout se réduit, de la part de celui-là, à la réception de cette somme offerte par celui-ci, et au refus d'en donner quittance; que le procédé du créancier qui refuse de reconnaître le paiement que lui a fait son débiteur, n'est pas d'une nature différente de celui de l'emprunteur qui méconnaît sa dette; qu'il y a dans l'un et dans l'autre la même immoralité; mais que le premier comme le second ne présente aucun des caractères auxquels la loi de 1791 reconnaît le délit d'Escroquerie, dès que par son art. 35, elle ne qualifie ainsi que l'abus de crédulité opéré par dol, ou à l'aide de faux noms, ou de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou d'espérances et de craintes chimériques; — Que ces observations s'appliquent également aux deux chefs de la plainte de Marais; qu'aucun des faits articulés dans cette plainte, n'étant rangé par la loi dans la classe des délits, ne pouvait donner lieu au renvoi de Lefebvre devant un tribunal de police correctionnelle, et lui faire infliger les peines prononcées, soit par l'art. 32, soit par l'art. 35 de ladite loi de 1791; — Que l'incompétence de ce tribunal était radicale et absolue; qu'ainsi peu importe que Lefebvre n'ait, ni en première instance, ni sur l'appel, proposé de déclinatoire; qu'en confirmant le jugement de Bernay, au lieu de l'annuller et de renvoyer les parties se pourvoir à fins civiles, la cour de justice criminelle de l'Eure, a, comme le premier tribunal, fait une fausse application de la loi du 22 juillet 1791, a statué sur une matière totalement étrangère à ses attributions, et commis un excès évident de pouvoirs; — Par ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

VII. On ne peut pas non plus, et par la même raison, regarder comme coupable d'Escroquerie, celui qui ayant emprunté des fonds sous la promesse d'en faire un emploi utile, mais avec l'intention secrète de les dissiper, les a dissipés en effet.

Le 19 frimaire an 14, arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Seine, qui déclare Yves Lagravière coupable du délit d'Escroquerie, et le condamne à 100 fr. d'amende, à un emprisonnement de quinze jours, et à la restitution des sommes qui lui ont été prêtées, « attendu qu'il résulte de l'instruction et des pièces, qu'il a reçu pendant plusieurs années, de divers particuliers, différentes sommes, en leur donnant l'espoir de les faire fructifier et de leur en payer l'intérêt convenu; qu'il paraît que, sans s'occuper de réaliser ces espérances, Yves Lagravière a épuisé et dissipé peu à peu ces différentes sommes, et s'est ensuite caché

Digitized by Google

pendant quelque temps, après avoir enlevé et dispersé ses meubles; que loin de présenter aucune pièce qui justifie des pertes et qui excuse sa conduite, toutes les circonstances de la procédure annoncent qu'il a tout dissipé de mauvaise foi pour des constructions, des acquisitions ou autres dépenses personnelles; qu'il a même continué ses dissipations et de recevoir de nouveaux fonds, quand il connaissait sa situation, et l'impossibilité de faire face à environ 300,000 francs d'engagemens qu'il renouvelait journellement; que tous ces faits caractérisent le dol, l'abus de crédulité, et l'Escroquerie à l'aide d'un crédit imaginaire et d'espérances chimériques, délit prévu par l'art. 35 de la loi du 22 juillet 1791 ». — Yves Lagravière se pourvoit en cassation contre cet arrêt; et le 13 mars 1806, au rapport de M. Vergès, — « Vu l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791; considérant qu'il a été uniquement reconnu que le réclamant, en empruntant des fonds avec stipulation d'intérêts, avait donné l'espérance de voir fructifier ces fonds; et qu'au lieu de réaliser cette espérance, il avait dissipé ces fonds, sans justifier même d'aucune perte; — Qu'il a été reconnu, en deuxième lieu, que le réclamant avait continué de recevoir de nouveaux fonds, quoiqu'il connût l'impossibilité dans laquelle il était de faire face aux engagemens qu'il contractait, et qu'il avait ensuite enlevé et dispersé ses meubles; considérant qu'il ne résulte pas des premiers faits, que la confiance dont les prêteurs ont été les victimes, ait été déterminée par les moyens de fraude prévus par ladite loi; — Que les faits relatifs à la soustraction des meubles, offre le caractère, non d'une Escroquerie, mais bien d'une banqueroute frauduleuse; — Considérant enfin qu'il ne peut y avoir lieu à l'application de l'article cité, qu'autant qu'il a été fait emploi de moyens de nature à compromettre la prudence et la sagacité ordinaires; — Que par conséquent la cour dont l'arrêt est attaqué, a fait une fausse application dudit article, et commis un excès de pouvoir; — La cour casse et annulle.....».

VIII. Mais n'y a-t-il pas Escroquerie toutes les fois qu'il y a stellionat? Non.

Giroust emprunte de Leclerc une somme de 40,000 fr., qu'il déclare destiner à un commerce de bois dans un chantier qui lui appartient, rue de Lille, à Paris; et pour sûreté du remboursement qu'il s'engage d'en faire en ventose an 5, il affecte, par un billet sous seing-privé, divers immeubles qu'il affirme être francs et quittes de toute hypothèque. — A défaut de remboursement au terme convenu, Leclerc fait assigner Giroust en reconnaissance d'écriture. — Le 19 germinal an 5, jugement par défaut qui tient le billet pour reconnu, et condamne Giroust à rembourser les 40,000 fr. — En vertu de ce jugement, Leclerc commence par faire saisir les bois du chantier de Giroust; mais un sieur Soret les revendique, et prouve qu'ils lui appartiennent. — Il prend ensuite des inscriptions sur les immeubles qui lui ont été affectés par Giroust; mais il trouve d'autres créanciers inscrits avant lui pour des hypothèques antérieures à sa créance, et qui absorbent toute la valeur de ces biens. — Dans cette position, il rend contre Giroust une plainte en Escroquerie. — Le tribunal de première instance de Paris déclare la plainte non recevable. — Sur l'appel, arrêt qui réforme le jugement, et condamne Giroust aux peines portées par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791. — Mais Giroust se pourvoit en cassation; et par arrêt du 9 vendémiaire an 10, au rapport de M. Genevois, « vu l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, concernant la police correctionnelle, et l'art. 3 du tit. 1 de la loi du 15 germinal an 6, relative à la contrainte par corps en matière civile, ainsi que l'art. 456 du Code des délits et des peines; — Considérant que, dans l'espèce jugée en police correctionnelle par le tribunal criminel du département de la Seine, il s'agissait de l'exécution d'un contrat de prêt sous seing-privé, intervenu entre Giroust et Leclerc, contrat qui, par sa nature et dans ses effets, ne pouvait donner lieu qu'à une action purement civile; — Qu'à la vérité, Giroust avait annoncé, dans le contrat, qu'il destinait la somme empruntée à des achats de bois pour un commerce qu'il se proposait d'établir sur un chantier à lui appartenant, et il avait en même temps déclaré hypothéquer au prêteur les immeubles qu'il possédait à Saint-Maximin, en affirmant, sous les peines du stellionat, qu'ils étaient francs et libres de toute autre hypothèque; — Que cependant Giroust, après avoir reçu de Leclerc la somme énoncée dans l'acte de prêt, n'avait point garni de bois le chantier sur lequel devait être établi son prétendu commerce; et, d'un autre côté, ses immeubles de Saint-Maximin, qu'il avait présentés comme un gage franc et libre de toute hypothèque, étaient grevés de plusieurs hypothèques qui en absorbaient la valeur; que, d'après ces faits, Leclerc s'était cru autorisé à traduire Giroust devant le tribunal de police correctionnelle, comme coupable d'avoir employé le dol, d'avoir abusé de sa crédulité pour le déterminer à lui prêter une somme importante; — Mais attendu, 1°. qu'il résulte des actes communiqués en l'instance, que Giroust était de bonne foi lorsqu'il annonça à Leclerc le projet d'un commerce de bois pour l'emploi des fonds qu'il empruntait, puisque, d'un côté, il avait acheté du domaine national une coupe de bois considérable, et que, d'un autre côté, il avait fait, pour la manutention de son chantier, des conventions écrites avec le nommé Soret, par lesquelles ce dernier était préposé à la vente des bois qui devaient y être déposés; — Attendu, 2°. que la déclaration relative à la franchise d'hypothèques d'un immeuble qui, dans le fait, en était grevé; que cette déclaration, quoique mensongère, n'était accompagnée d'aucune autre circonstance aggravante, ne renferme pas les caractères du dol, qui, d'après l'art. 35 de la loi du 22 juillet 1791, aurait pu autoriser une action en police correctionnelle; que de cette fausse déclaration il aurait pu ré-

Digitized by Google

sulter, tout au plus, que Giroust aurait commis, à l'égard de Leclerc, un stellionat dont la connaissance appartient aux tribunaux civils, d'après la disposition expresse de la loi du 15 germinal an 6; — Qu'ainsi le tribunal criminel, en jugeant correctionnellement cette affaire, qui, par sa nature, était purement civile, a tout à la fois fait une fausse application de l'art. 35 de la loi du 22 juillet 1791, et commis une contravention aux règles de compétence, en prononçant comme tribunal correctionnel sur un objet dont la connaissance est expressément attribuée par la loi aux tribunaux civils; — Par ces motifs, le tribunal casse et annulle... ».

IX. Y a-t-il Escroquerie de la part de celui qui étant incapable de s'obliger, prend dans un contrat une qualité qui le suppose capable? — Marie-Elisabeth Huéwart, femme Durst, passe devant notaires, en faveur des sieurs Hirtz père et fils, deux obligations dans lesquelles elle se qualifie de *fille majeure jouissant de ses droits*. — Les sieurs Hirtz père et fils apprennent qu'elle est mariée, et par suite que leurs obligations sont nulles : ils la font citer au tribunal correctionnel de Colmar, comme coupable d'Escroquerie. — Le 20 novembre 1806, jugement qui la déclare convaincue *d'avoir, par dol, en se qualifiant faussement de* fille majeure, jouissant de ses droits, *abusé de la crédulité* des sieurs Hirtz, et la condamne, 1°. à leur restituer les sommes qu'ils lui ont prêtées; 2°. à des dommages-intérêts; 3°. à une amende; 4°. à une année d'emprisonnement. — La femme Durst appelle de ce jugement. Mais, par arrêt du 23 janvier 1807, la cour de justice criminelle du département du Haut-Rhin dit qu'il a été bien jugé, et cependant réduit la durée de l'emprisonnement à trois mois. — La femme Durst se pourvoit en cassation, et cite l'art. 1307 du Code Napoléon, duquel il résulte évidemment qu'un mineur ne peut pas être poursuivi comme escroc, pour avoir pris faussement dans un acte la qualité de majeur. — Par arrêt du 21 mars 1807, au rapport de M. Busschopp, « vu l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, et l'art. 456, § 6, du Code du 3 brumaire an 4; — Considérant, dans l'espèce, que, dans les deux obligations notariées, consenties respectivement au profit des sieurs Hirtz père et fils, par Marie-Elisabeth Huéwart, celle-ci ne s'est point présentée sous un faux nom, mais seulement sous la qualification mensongère *de fille majeure jouissant de ses droits;* que cette qualification ayant pu être facilement vérifiée par lesdits sieurs Hirtz, ils ne pouvaient pas, sous prétexte d'ignorance à cet égard, prétendre qu'il avait été abusé de leur crédulité, non plus que dans le cas où ils auraient contracté avec un mineur qui se serait dit majeur; et qu'admettre dans de pareilles circonstances, la poursuite en Escroquerie, ce serait anéantir l'effet des lois civiles relatives à la capacité des personnes pour contracter valablement des obligations; — La cour casse et annulle.... » — *V. Autorisation maritale*, sect. 7, n. 19.

X. Enfin, pour qu'il y ait Escroquerie, il ne suffit pas qu'il y ait eu de fausses promesses, des espérances chimériques; il faut encore qu'il soit prouvé que la victime de ce délit prétendu pensait, en donnant son argent, que ces esperances etaient bien fondées, que ces promesses étaient sincères.

Le 25 ventose an 10, le bail de l'octroi municipal de la ville de Lyon est accordé au sieur Rasse, à titre de *Régie* intéressée, avec l'autorisation de nommer tous les employés. — Le 3 messidor an 11, le sieur Rasse offre au sieur Lemonnier la place de *caissier de transit à délai*, dont il s'engage de porter les appointemens à 3,000 francs, pourvu que le sieur Lemonnier lui fournisse un cautionnement en numéraire de 30,000 francs. Le sieur Lemonnier accepte la proposition, reçoit une commission provisoire de caissier de transit à délai, et remet au sieur Rasse 30,000 francs en lettres-de-change créées par lui et acceptées par le sieur Bigot. Le sieur Rasse, de son côté, promet de verser le montant de ces effets dans la caisse du caissier général, pour répondre de la gestion du sieur Lemonnier. — Ce traité passé, le sieur Lemonnier approuvé que par un arrêté du préfet du département du Rhône, du 13 floréal précédent, publié le 17 du même mois, dans le journal de Lyon, la nomination du caissier de transit à délai est réservée à ce magistrat, sur la présentation du régisseur; et que cependant le sieur Rasse a mis ses lettres-de-change en circulation. — Aussitôt plainte en Escroquerie de la part des sieurs Lemonnier et Bigot contre le sieur Rasse. — Jugement du tribunal correctionnel de Paris, qui déclare le sieur Rasse « convaincu d'avoir, à l'aide d'espérances chimériques, abusé de la crédulité du sieur Lemonnier »; et le condamne, comme coupable d'Escroquerie, à une peine correctionnelle, ainsi qu'à la restitution du montant des lettres-de-change. — Le sieur Rasse appelle de ce jugement; mais la cour de justice criminelle du département de la Seine le confirme. — Recours en cassation; et par arrêt du 13 fructidor an 13, au rapport de M. Carnot, — « Vu l'art. 35..... et attendu que pour constituer le délit d'Escroquerie, d'après l'article cité de la loi du 19 juillet 1791, il faut *nécessairement* qu'il y ait eu *abus de crédulité;* ce qui ne peut arriver que quand il est acquis que le prévenu d'Escroquerie *savait qu'il en imposait* sur ses promesses, ses entreprises et les espérances qu'il donnait; et que ceux avec lesquels il traitait, *ignoraient* reellement que leur adversaire se targnait de fausses promesses, de fausses entreprises, et qu'il les bercait d'espérances chimériques; car l'on n'abuse pas de la crédulité d'autrui, lorsque l'on croit vrais les faits qu'on lui débite; et la crédulité de celui-ci n'est point abusée, lorsqu'il connaissait d'avance la fausseté des faits qui lui sont racontés; — Attendu qu'après le vœu bien prononcé de la loi, les tribunaux charges d'appliquer la peine de l'Escroquerie, doivent commencer par chercher à decouvrir s'il y a en reellement abus de crédulite, et à déclarer les faits sur lesquels ils fondent leur opinion à cet égard; que cependant,

Digitized by Google

et quoique dans l'espèce particulière, l'arrêt attaqué ait fait application des peines prononcées par la loi citée contre le délit d'Escroquerie, il n'a déclaré constant aucun fait dont il dût sortir la conséquence nécessaire, ni même implicite, que Rasse eût abusé de la crédulité de Bigot et Lemonnier, puisqu'il ne porte ni n'induit à entendre que Rasse eût *connaissance*, le 3 messidor, à l'époque du traité, de l'arrêté du préfet du Rhône du 13 floréal précédent, taudis que Bigot et Lemonnier l'auraient *ignoré*; que la déclaration de la cour criminelle sur ce fait, devenait d'autant plus importante, que rien ne semblait annoncer que Rasse eût réellement, à l'époque du 3 messidor, connaissance de l'arrêté du 13 floréal, si ce n'était la publication qui avait été faite le 17 du même mois dudit arrêté, au journal de Lyon, et que cette publicité donnée à l'arrêté, était aussi bien de nature à en faire connaître l'existence à Bigot et à Lemonnier qu'au réclamant; puisque si celui-ci était actionnaire de la régie de l'octroi de Lyon, Bigot en était la caution; et que Lemonnier, attaché au commerce de Bigot, était personnellement chargé d'une recherche de fonds, pour subvenir à ce cautionnement; — Qu'une autre circonstance encore rendait même plus indispensable la déclaration de la cour criminelle sur ce point de fait, au lieu de se borner, comme elle l'a fait, à déclarer, sans dire pourquoi, qu'il y avait eu abus de crédulité : car quoique par l'art. 21 de son bail, Rasse eût à sa libre disposition la nomination *définitive* des employés de la régie, il ne promit et ne fournit à Lemonnier, qu'une nomination *provisoire*; ce qui résulte textuellement des termes du traité, et de l'acte même de nomination, qui ne semble présenter réellement qu'un simple projet, n'étant pas daté, n'étant pas revêtu de la signature de Lemonnier, et n'étant pas même signé du commissaire du gouvernement, et qui fut cependant ainsi accepté de Lemounier; d'où l'on pouvait inférer que Lémonnier, ainsi que Rasse, étaient instruits des entraves résultant de l'arrêté du 13 floréal; et que malgré cette connaissance, Lemonnier avait bien voulu transiger; que par défaut de déclaration de la part de la cour d'appel sur les faits décisifs de l'abus de la crédulité, il en a résulté, *dans l'état*, une fausse application de l'art. 35 de la loi du 19 juillet 1791, et qu'il convient des-lors de renvoyer l'affaire à un nouvel examen; — La cour casse et annulle... »

XI. Une autre observation non moins essentielle, c'est que pour motiver légalement une condamnation aux peines de l'Escroquerie, il ne suffit pas de déclarer d'une manière vague dans le jugement, que le prévenu, pour s'approprier le bien de quelqu'un, a abusé de sa crédulité par de fausses promesses, par des espérances ou des craintes chimériques, et qu'il faut y spécifier en quoi ont consisté ces fausses promesses, ces espérances ou craintes chimériques, et quelsen ont été les résultats précis. *V.* l'arrêt du 3 décembre 1807, rapporté au n° suivant.

XII. La tentative d'Escroquerie doit-elle être poursuivie et punie comme l'Escroquerie consommée ? Non.

La loi du 22 prairial an 4 dit bien que « toute tentative de *crime*, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu ». — Mais, comme l'on voit, elle ne dispose ainsi que pour les *crimes*; elle n'est donc pas applicable aux *délits* correctionnels; elle ne l'est conséquemment pas à l'Escroquerie.

Il est vrai qu'en rangeant pour l'avenir dans la classe des délits correctionnels, plusieurs des faits qualifiés de crimes par le Code pénal du 25 septembre 1791, la loi du 25 frimaire an 8 porte, art. 17, que « la loi du 22 prairial an 4 contre la tentative des crimes est applicable à tous les délits susénoncés, ainsi qu'à ceux mentionnés en l'art. 32 (du tit. 2) du Code de police correctionnelle du 22 juillet 1791, c'est-à-dire, aux vols simples, aux larcins et aux filonteries. — Mais de là même il résulte évidemmentque le délit d'Escroquerie qui est prévu, non par l'art. 32, mais par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, reste sous l'empire de la règle générale qui avait lieu avant la loi du 22 prairial an 4, et suivant laquelle, à quelques exceptions près, il n'y avait que les crimes et les délits consommés qui pussent être poursuivis et punis. *V. Tentative.*

« On conçoit d'ailleurs facilement (me disait-il y a quelque temps M. le P. B.), le motif qui a pu porter la loi du 25 frimaire an 8 à ne pas étendre à l'Escroquerie l'application qu'elle ordonne de faire aux vols, aux larcins et aux filoneries, de la loi du 22 prairial an 4. — Les vols, les larcins, les filouteries se réduisent toujours, comme les meurtres et les autres crimes prévus par le Code pénal, à des faits simples, matériels, faciles à saisir, et dans lesquels par conséquent la tentative se manifeste aussi d'une manière très simple et très facile à déterminer dans la moralité comme dans l'acte. — L'Escroquerie au contraire est un délit dont le caractère est en quelque sorte dans le vague, qui se compose de faits souvent indéterminés et dont la moralité ne s'apprécie jamais sans difficulté. C'est un delit de ruse, de fourberie, il est subtil, il échappe à l'œil; et le plus souvent ce n'est que par la consommation qu'il peut être determine. Le législateur a donc bien pu n'infliger de peine qu'à cette consommation ».

Cette doctrine et la proposition qui fait la matière du n° précédent, viennent d'être sanctionnées, avec le plus grand éclat, par un arrêt de la cour de cassation.

Le 1er mars 1806, le sieur L. D. L., pour s'acquitter de sommes considérables qu'il doit, et au paiement desquelles il a précédemment hypothéqué ses papeteries de Buges, Langlee et Cercanceaux, passe au sieur C., creancier de ces sommes, un bail de ces manufactures. — Quelque temps après, il porte contre le sieur C. une plainte en Escroque-

Digitized by Google

rie, et il la base sur différentes circonstances, notamment sur le fait que le bail est simulé, que la simulation en est établie par une contre-lettre du même jour, et que cette contre-lettre, déposée originairement entre les mains du sieur B., a été détournée et supprimée par le sieur C. — L'affaire est d'abord soumise au tribunal correctionnel de Montargis, qui, par un premier jugement du 4 avril 1807, déboute le sieur C. de sa demande en renvoi devant la juridiction civile; et, par jugement définitif du 23 du même mois, le déclare coupable d'Escroquerie. — Le sieur C. appelle de ces deux jugemens; et le 6 juin suivant, arrêt par lequel la cour de justice criminelle du département du Loiret,

« En ce qui concerne l'appel du jugement du 4 avril, qui rejette l'exception déclinatoire proposée *ratione materiæ*; et attendu qu'aucune loi ne limitant les pouvoirs des tribunaux correctionnels, celui de Montargis pouvait et devait même rechercher les preuves des délits qui lui étaient dénoncés, puisqu'ils étaient qualifiés et présentaient le caractère de ceux prévus par l'art. 35 de la loi du 22 juillet 1791, et ainsi en admettre la preuve par témoins; — Que la preuve par témoins du détournement d'une contre-lettre présentée comme moyen d'exécution, et complément du principal délit, devait également être admise; — Qu'il est vrai que les anciennes ordonnances et l'art. 1923 du Code civil disposent qu'un dépôt volontaire doit être prouvé par écrit, et que la preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant 150 fr.; que l'art. 1341 contient les mêmes dispositions et défend la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, à moins, dit l'art. 1347, qu'il n'existe un commencement de preuves par un acte écrit, émané de celui contre lequel la demande est formée, et qui rende vraisemblable le fait allégué; que d'après ce principe, le tribunal dont est appel a dû examiner si les actes présentés par le sieur L. D. L., avaient le caractère de ceux voulus par la loi; — Et attendu que si les expressions du bail du 1er mars 1806, qui porte qu'il sera pris des arrangemens ultérieurs, peuvent bien se rapporter au sieur L. D. L. pour fixer ses appointemens, pour sa surveillance de la fabrication, on peut en conclure aussi qu'il devait y avoir un autre écrit explicatif du bail; que le commencement de preuve par écrit peut résulter de l'acte même attaqué, ainsi qu'il a été jugé par la Cour suprême le 18 mai 1806; qu'il peut encore résulter des offres faites au sieur L. D. L. par le sieur C., par exploit du 20 décembre 1806, d'appointemens pour sa direction de la fabrication; — Qu'on peut tirer un commencement de preuve par écrit des interrogatoires du sieur C.; que le sieur C. ayant dénié l'existence de la contre-lettre alléguée, on ne pouvait sans doute admettre cette dénégation comme un commencement de preuve par écrit; mais qu'il résulte une forte induction, une grave présomption du fait allégué de cette existence, par le refus du sieur C., à ce que le sieur B., annoncé dépositaire, s'expliquât; refus qui rendrait vraisemblable le fait allégué par le sieur L. D. L.; — Attendu que les faits avancés et les pièces produites en la Cour, peuvent encore fixer et déterminer sa compétence; — Que l'allégation par le sieur L. D. L., de quittances par lui données au sieur C., rappelant les divers actes passés entre eux, n'offre point un commencement de preuve par écrit, puisque ces quittances ne sont point représentées par le sieur C., quoiqu'il ait été sommé de le faire; mais que cette non représentation fait présumer que ces quittances que le sieur C. a avoué aux débats avoir en sa possession, rendraient plus que vraisemblable l'existence de la contre-lettre dont parle le sieur L. D. L.; — Que le marché fait par le sieur L. D. L. postérieurement au bail, tant en son nom qu'en celui du sieur C., et approuvé par ce dernier, sous la date du 5 avril 1806, dûment enregistré, annonce bien que le sieur L. D. L. ne s'est pas entièrement dépouillé de ses établissemens, et est un commencement de preuve par écrit emané du sieur C., qui rend vraisemblable le fait allégué de l'existence de la contre-lettre; — Que ces différentes circonstances, ces présomptions, ces commencemens de preuve par écrit, ne permettent pas d'admettre la question préjudicielle proposée, ni la disjonction de plaintes;

» En ce qui touche l'appel du sieur C., du jugement du 23 avril; attendu qu'il est constant en fait que le sieur C. a, par dol, par fraude, vaines espérances, fausse entreprise et craintes chimériques, abusé de la crédulité du sieur L. D. L., escroqué une partie de sa fortune, et tenté de lui en escroquer la totalité; — Que ce dol, cette fraude, ces vaines espérances, fausse entreprise et craintes chimériques, cet abus de crédulité, résultent du bail simulé du premier mars 1806, que le sieur C. a avoué aux débats avoir présenté au sieur L. D. L., comme un moyen de libération, tandis que cet acte n'en offre aucun sans un autre écrit explicatif, puisque le prix de ce bail n'en est porté qu'à 10,000 fr., plus qu'absorbé par les impositions foncières et les réparations; — Que ce dol, cette fraude et cet abus de crédulité résultent encore de ce même bail, contenant vente par le sieur L. D. L. au sieur C., de tout le mobilier des établissemens, moyennant 25,000 fr., tandis qu'il a été soutenu aux débats et qu'il n'a pas été contesté que ce mobilier valait plus de 200,000 fr.; — Attendu qu'il est prouvé au procès que cet écrit explicatif du bail, et contenant les véritables conventions des parties, a été fait et signé entre elles; qu'il a été présenté au sieur L. D. L. comme un moyen de libération, tandis qu'au contraire c'était un moyen à l'aide duquel il abusait de la crédulité du sieur L. D. L., puisque cet écrit a été, par le fait du sieur C., soustrait, détourné ou caché, pour ne laisser subsister que le bail et l'acte de vente qui dépouillaient le sieur L. D. L.; — Qu'il est en effet impossible d'imaginer que le bail des papeteries de Buges et Langlée, contenant vente de tout le mobilier de ces manufactures, celui de

Digitized by Google

la papeterie de Cercanceaux, soient l'ouvrage de la volonté libre et entière du sieur L. D. L.; — Attendu que les différens actes antérieurs à ces baux et ventes, font assez présumer que le sieur C. préparait d'avance l'envahissement de la fortune du sieur L. D. L., en le mettant dans l'impossibilité, par des intérêts onéreux, de satisfaire à aucuns de ses engagemens, soit envers lui sieur C., soit envers ses autres créanciers, en lui enlevant aussi par ces divers moyens toute espèce de ressource pour subsister; — Attendu que le sieur C. a continué d'exécuter ses projets d'envahissement total des propriétés du sieur L. D. L, par la désorganisation des ateliers, par le renvoi d'ouvriers, et le refus des approvisionnemens, et que la disparition de la contre-lettre en a été le complément; — Qu'en effet cette contre-lettre a été cachée; que la preuve en résulte, outre celle de l'existence de cet acte, du refus du sieur C., à ce que le sieur B., dépositaire, s'explique et la représente; — Attendu enfin que ce dol, cette fraude, ces vaines espérances, fausse entreprise et craintes chimériques, cet abus de crédulité, cette simulation, resultent évidemment, non seulement de l'ensemble des actes, des faits, et sur-tout des débats; mais encore des presomptions graves, précises et concluantes, qui, quoique non établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, et que ces presomptions sont telles, qu'il n'est pas permis de douter du dol, de la fraude, et de l'abus de crédulité employés par le sieur C.; — dit qu'il a été bien jugé... »

Le sieur C. se pourvoit en cassation; et après une plaidoirie contradictoire, arrêt intervient, le 3 décembre 1807, au rapport de M. Busschop, et conformeaux conclusions de M. Daniels, qui,—« Vu l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, et l'art. 456 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4; — Attendu 1°. que la cour investie du droit de juger si les lois pénales ont été bien appliquées, ne peut en apprécier l'application que d'après les faits sur lesquels elle a été prononcée; — Que les arrêts des cours de justice criminelle doivent donc contenir la fixation précise des faits dont l'instruction a produit la conviction; que ces faits seuls peuvent servir de règle à la délibération de la cour, qui ne pouvant juger de l'application de la loi sur une déclaration vague de circonstances et de présomptions indéterminées, ne doit y avoir aucun égard: — Que ce principe s'applique au délit moral et complexe d'Escroquerie comme aux délits qui se forment par des faits simples et matériels; que la loi ayant fixé les faits moraux qui peuvent constituer l'Escroquerie, les faits simples qui peuvent être les élémens de ces faits moraux, doivent être articulés dans les arrêts, et que la cour a caractère pour juger de la conséquence qui en a été déduite, puisque cette consequence, qui n'est que la qualification des faits, est la base de l'application de la loi pénale, et le lien qui la rattache aux faits simples, dont la déclaration plus ou moins exacte, est seulement hors des attributions de la cour; — Attendu en second lieu, que si la cour de justice criminelle du département du Loiret a déclaré qu'il était constant que C. avait, par dol, par fraude, vaines espérances, fausses entreprises et craintes chimériques, abusé de la crédulité de L. D. L., escroqué une partie de sa fortune, et tenté de lui en escroquer la totalité; cette déclaration n'étant pas une déclaration de fait, mais une appréciation morale, une qualification donnée aux faits que ladite cour avait reconnus constans pour en déduire l'application de l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, il rentre dans les attributions de la cour de juger si ces faits ont dû être ainsi qualifiés, et s'ils avaient véritablement le caractère de dol, de fraude, de vaines espérances, de fausses entreprises, de craintes chimériques, et tout à la fois l'objet et l'effet d'abuser de la crédulité, et d'escroquer tout ou partie de la fortune de L.D. L.; — Que relativement aux faits antérieurs à l'acte du bail du 1er mars 1806, ils se réduisent à des actes de prêts qui intéressaient nécessairement C., à la conservation de la fortune de L. D. L., son emprunteur: que s'ils ont contenu des intérêts onéreux, la stipulation de ces intérêts ne saurait avoir aucun rapport avec l'application dudit art. 35 de la loi du 22 juillet 1791; — Que relativement à l'acte du bail du 1er mars 1806, et aux faits qui l'ont accompagné, ce bail a été provoqué par les demandes pressantes et réitérées de secours faites, par L. D. L. à C.; que s'il a été la condition que C. a exigée pour satisfaire L. D. L., il n'en a pas moins été un acte libre; qu'il ne présente qu'un contrat civil, dont les clauses peuvent être préjudiciables à L. D. L., mais dont la lésion ne peut avoir aucun des caractères qui constituent l'Escroquerie telle qu'elle est définie par la loi: qu'il ne donnait à L. D. L. aucun moyen, même apparent, d'opérer sa libération; qu'il n'a donc pu abuser sa prudence, ni surprendre sa crédulité; — Que ce bail, considéré respectivement à la contre-lettre dont il peut avoir été suivi, et aux faits qui lui ont été postérieurs, ne pourrait être réputé avoir été un moyen frauduleux d'Escroquerie par abus de crédulité et par des espérances chimériques, qu'au cas qu'il eût été reconnu par la cour de justice criminelle du Loiret, que la contre-lettre avait été, non pas seulement déniée, mais soustraite ou détournée, et qu'au moyen de cette soustraction, ou de ce détournement, C. se serait affranchi des obligations qu'il pouvait y avoir contractées, pour exercer des droits qui ne lui auraient été données que fictivement et par des clauses simulées; mais qu'un pareil fait n'a point été déclaré par ladite cour; — Que si cette cour a déclaré que la contre-lettre avait été, par le fait de C., soustraite, détournée ou cachée, cette déclaration présentant l'alternative de faits absolument différens, n'en décide aucun particulièrement, et qu'en réalité il ne résulte de l'instruction qu'une simple

Digitized by Google

dénégation de la contre-lettre ; — Que cette dénégation pourrait peut-être être considérée comme un moyen d'arriver à une Escroquerie ; mais que cette intention n'a été prouvée d'aucune manière : que d'ailleurs, l'art. 35 du titre 2 de la loi du 22 juillet 1791 ne s'applique qu'à l'Escroquerie consommée, et non pas au projet ni même à la tentative d'Escroquerie ; — Que les différens actes qui ont existé entre les parties, et les faits reconnus par la cour de justice criminelle du département du Loiret, qui ont précédé, accompagné ou suivi ces actes, considérés aussi dans leurs rapports et leur ensemble, ne présentent pas davantage les caractères déterminés par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, pour constituer l'Escroquerie ; que la cour de justice criminelle du Loiret a donc faussement appliqué cet article et par suite en a commis violation ; — Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour de justice criminelle du département du Loiret du 6 juin 1807 ; renvoie les parties et les pièces du procès devant la cour de justice criminelle du département de Seine-et-Oise, séant à Versailles, pour, sur l'appel interjeté du jugement de police correctionnelle de Montargis du 23 avril 1807, être procédé à un nouvel arrêt, conformément à la loi..... »

Cet arrêt, l'un des plus importans et des plus remarquables que la cour de cassation ait rendus sur l'application de l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, juge, comme l'on voit, de la manière la plus précise, que la tentative d'Escroquerie n'est pas sujette aux mêmes poursuites, ni par conséquent aux mêmes peines que l'Escroquerie consommée.

Mais gardons-nous d'inférer de là que l'on ne doive pas punir, comme coupable d'Escroquerie, celui qui, par les moyens que signale et condamne l'article cité, a fait souscrire à son profit une obligation ou une quittance.

« Pierre Levié (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 27 messidor an 8) demande la cassation d'un jugement du tribunal criminel du département de Seine-et-Oise, du 19 ventose dernier, qui le condamne à six mois d'emprisonnement et 300 fr. d'amende, d'après une déclaration du jury, qui, en l'acquittant sur l'intention de l'accusation d'avoir fait usage d'un faux bail sous seing-privé, a reconnu, 1°. qu'il est constant que, le 16 frimaire an 8, le citoyen Arsan, pour obtenir à son profit la rétrocession d'un bail non existant, s'est obligé au paiement d'un billet de 300 fr.; 2°. que Pierre Levié est convaincu de lui avoir fait souscrire ce billet; 3°. qu'il est convaincu de le lui avoir fait souscrire par dol; 4°. qu'il est convaincu de le lui avoir fait souscrire à l'aide d'espérances chimériques; 5°. qu'il est convaincu de le lui avoir fait souscrire en abusant de sa crédulité.

» Pierre Levié, invoque, pour faire annuller ce jugement, plusieurs moyens.

» Il prétend d'abord que la déclaration du jury ne présente pas tous les faits nécessaires pour asseoir une condamnation d'après l'art. 55 de la loi du 22 juillet 1791.

» Mais que faut-il, aux termes de cet article, pour qu'il y ait lieu à la peine qu'il prononce ? Il faut que, soit par dol, soit à l'aide d'espérances chimériques, le prévenu ait abusé de la crédulité d'un individu quelconque, et lui ait en conséquence escroqué tout ou partie de sa fortune.

» Or, le jury a déclaré Pierre Levié convaincu d'avoir, par dol et à l'aide d'espérances chimériques, abusé de la crédulité du cit. Arsan, et de lui avoir, par ces moyens répréhensibles, fait souscrire à son profit une obligation de 300 fr. — En fallait-il davantage ? Le cit. Arsan, en souscrivant une obligation de 300 fr., a certainement diminué son actif de la valeur de cette obligation. En escroquant cette obligation au cit. Arsan, Pierre Levie lui a donc escroqué une partie de son actif; il lui a donc Escroqué une partie de sa fortune.

» Pierre Levié prétend, en second lieu, que la déclaration du jury ne constate, à sa charge, qu'une tentative d'Escroquerie, et il en conclut que le tribunal criminel n'a pas pu lui appliquer la peine prononcée contre l'Escroquerie consommée.

» Mais n'est-ce donc pas une Escroquerie bien consommée que celle qui consiste à se faire délivrer une obligation de 300 fr., de se la faire délivrer dans la forme d'un billet négociable qui vaut de l'argent comptant, de se la faire délivrer par dol, à l'aide d'espérances chimériques, et en abusant de la crédulité du créeur du billet » ?

Arrêt du 27 messidor an 8, au rapport de M. Sieyes, qui, « Attendu que la série de questions relatives à l'Escroquerie, en embrassant tous les faits dont elle se composait dans l'espèce, et en portant sur le dol et les espérances chimériques employés par l'accusé, caractérise suffisamment le délit prévu par la loi appliquée; d'où il suit qu'elle est aussi complète qu'elle peut l'être; attendu.... que l'Escroquerie a été consommée, puisqu'à l'aide d'un bail qu'il savait être faux, le reclamant a obtenu un billet à ordre de 300 fr., dont il a fait sa possession...., rejette le pourvoi... ».

XIII. Peut-on, doit-on appliquer aux entremetteurs de l'Escroquerie les dispositions de l'art. 1 du tit. 3 de la 2e. partie du Code pénal du 25 septembre 1791, concernant les complices des crimes? Cette question, déjà résolue affirmativement par l'arrêt du 29 mai 1807, rapporté à l'article *Complice*, n. 2, a encore été agitée et jugée avec plusieurs autres dans l'espèce suivante.

Des exactions ayant été commises dans les arrondissemens de Mayence et de Spire, département du Mont-Tonnerre, à l'occasion de la conscription militaire de 1806, les directeurs du jury de chacun de ces arrondissemens en ont pris connaissance, et ont instruit, chacun de son côté, des procédures séparées contre les divers prévenus.

Bientôt la nécessité de réunir ces procédures a été sentie; et un arrêt de la cour de cassation, du

Digitized by Google

20 janvier 1807, les a renvoyées devant le directeur du jury de Mayence, qui, après avoir complète l'instruction, a traduit devant le tribunal correctionnel de la même ville, 1°. Georges Sturm, employé à la préfecture du département; 2°. Marie Berger, sa femme; 3°. Jacques Perpenté, négociant; 4°. Charles Lang, aubergiste; 5°. François Kokler, médecin; 6°. Frédéric-Joseph Frochauf, négociant; 7°. Gabriel Brocard, secrétaire du capitaine de recrutement; 8°. Marguerite Wesner, femme Goffer, servante du sieur D., médecin en chef de l'hôpital militaire de Mayence; 9°. Philippe-Chrétien Fresenius, secrétaire du maire de Miderwissen; 10°. Henri-Guillaume Laukard, percepteur des contributions des communes de Flomborn et Freimersheim; 11°. Philippe-Jérémie Koob, adjoint du maire de Lambekeuin et aubergiste; 12°. Jean Becker, major de la garde nationale de Spire, fugitif.

Le 21 avril 1807, jugement qui, après avoir donné défaut contre Jean Becker, le déclare, ainsi que Georges Sturm, Marie Berger, Marguerite Wesner, Gabriel Brocard et François Kokler, « coupables d'avoir, par dol, et à l'aide d'un crédit imaginaire, d'espérances et de craintes chimériques, abusé de la crédulité de différentes personnes, et escroqué de cette manière partie de leur fortune; et en conséquence les condamne solidairement et par corps, 1°. Georges Sturm à une amende de 5,000 francs et à un emprisonnement de deux ans; — 2°. Marie Berger, femme Sturm, à une amende de 500 francs, et à un emprisonnement de six mois; — 3°. Marguerite Werner, femme Goffer, à une amende de 500 francs, et à un emprisonnement de six mois; — 4°. Gabriel Brocard, à une amende de 1,000 francs, et à un emprisonnement d'un an; — 5°. François Kokler, à un emprisonnement de six mois, et à une amende de 5,000 francs; — 6°. Jean Becker, à une amende de 5,000 francs, et à un emprisonnement de deux ans; — Tous au décime par franc de leurs amendes respectives, et solidairement aux dépens de la procédure ». — Le même jugement acquitte tous les autres prévenus.

Appel, tant par le procureur impérial que par tous les condamnés, hors Jean Becker.

Le 16 juin 1807, arrêt de la cour de justice criminelle du département du Mont-Tonnerre, qui — Déclare qu'il a été bien jugé à l'égard de Sturm, Kokler, Brocard et Koob; — Condamne Perpenté à 500 francs d'amende et à deux mois d'emprisonnement; Lang, à 2,000 francs d'amende, et à deux mois d'emprisonnement; Frochauf, à 500 francs d'amende et à un mois d'emprisonnement; Fresenius, à 100 francs d'amende et à huit jours d'emprisonnement; Laukard, à 300 francs d'amende et à deux mois d'emprisonnement; — Acquitte la femme Goffer; — Et declare que les condamnations d'amendes ne sont solidaires que, 1°. entre Sturm et sa femme; 2°. entre Lang et Perpenté; 3°. entre Kokler et Jean Becker; 4°. entre Bracard et Frochauf.

Le procureur général de la cour de justice criminelle et Henri-Guillaume Laukard se pourvoient en cassation :— Le premier, parceque l'arrêt a acquitte la femme Goffer et Koob; parceque les autres prévenus n'ont pas tous été condamnés au *maximum* de la peine portée par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791; et parceque les amendes prononcées contre Sturm, sa femme et Laukard, n'ont pas été déclarées solidaires entre ces trois condamnés : — Le second, parceque l'arrêt, en le déclarant coupable, le condamne à 300 francs d'amende et à un emprisonnement de deux mois.

« Les deux recours en cassation qui vous sont soumis (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 14 août 1807), présentent à votre examen cinq questions bien distinctes. — La cour de justice criminelle du département du Mont-Tonnerre, a-t-elle violé la loi en ne prononçant pas contre tous ceux qu'elle a déclares coupables d'Escroquerie, le *maximum* des peines qu'ils avaient encourues? — L'a-t-elle violée en confirmant la disposition du jugement de 1re instance qui avait acquitté Philippe-Jérémie Koob? — L'a-t-elle violée en réformant la disposition du même jugement qui déclarait la femme Goffer coupable, et la condamnait à 500 fr. d'amende et à six mois d'emprisonnement? — L'a-t-elle violée en réformant la disposition du même jugement qui acquittait Laukard, et en condamnant celui-ci à 300 francs d'amende et à un emprisonnement de deux mois? — Enfin, l'a-t-elle violée en déclarant qu'il n'y avait point de solidarité entre Sturm, sa femme et Laukard, pour les amendes prononcées respectivement contre eux?

» La première question n'offre aucune espèce de difficulté : la loi donne bien aux juges, en matière d'Escroquerie, le pouvoir d'étendre la peine jusqu'à 5,000 francs, et l'emprisonnement jusqu'à deux années; mais elle ne les oblige pas de faire dans tous les cas usage de ce pouvoir; elle laisse à leur conscience le soin d'apprécier et les circonstances plus ou moins aggravantes, et les circonstances plus ou moins atténuantes dans lesquelles les coupables se sont trouvés; et elle leur permet de graduer, selon les unes et les autres, la somme de l'amende ainsi que la durée de l'emprisonnement; ainsi, ils peuvent bien mal juger à cet égard, soit par une rigueur excessive, soit par trop d'indulgence; mais violer la loi, ils ne le peuvent pas.

» La deuxième question, celle de savoir si la cour de justice criminelle a contrevenu à la loi en acquittant Philippe-Jéremie Koob, trouvera sa solution dans la comparaison des motifs qui ont déterminé cette partie de l'arrêt, avec l'art. 1 du tit. 3 de la deuxieme partie du Code pénal du 25 septembre 1791.

» Pour acquitter Koob, la cour de justice criminelle considère « que ce prévenu a accompagné chez *la dame Sturm*, un conscrit, lequel a remis à cette prévenue trente louis, qui ont été ensuite rendus par l'intermédiaire d'un tiers; que bien que

cette action soit d'autant plus blâmable que Koob, comme fonctionnaire public (adjoint du maire de sa commune), bien loin de se prêter à de pareilles manœuvres, devait au contraire les dénoncer, il ne résulte cependant pas de l'instruction qu'il en ait tiré quelque profit, ni qu'il ait, ainsi que les autres prévenus, fait métier de se mêler de ces sortes d'affaires; qu'au contraire, tout paraît prouver que, dans ce cas particulier, il a seulement servi d'interprète sur les demandes réitérées des parens du conscrit réclamant; qu'alors il résulte bien qu'il a commis une action irréfléchie et même immorale; que cependant on ne saurait le considérer comme corrupteur ou comme escroc, surtout lorsque, d'après les dépositions des témoins à l'audience, et d'après la réputation des prévenus, il ne paraît aucunement qu'il ait eu quelque dessein de profiter personnellement de sa complaisance; que, sous ce rapport, il a pu être acquitté par le tribunal correctionnel ».

» Ainsi, Koob est reconnu avoir servi et de guide au conscrit et d'interprète à la femme entre lesquels s'est consommée l'Escroquerie commise par celle-ci au préjudice de celui-là. Il est reconnu par conséquent avoir été l'entremetteur, le proxenète de ce délit; et par conséquent encore, il est reconnu avoir aidé l'auteur de ce délit dans les faits qui en ont préparé et facilité l'exécution.

» Comment donc a-t-on pu l'acquitter sous le prétexte qu'il n'avait ni tiré ni pensé à tirer aucun profit personnel de ce délit? Comment n'a-t-on pas fait attention que par-là, on se mettait en opposition manifeste avec la définition que le Code pénal du 25 septembre 1791 nous donne de la complicité? Il y a complicité, suivant la loi, non seulement lorsque, par dons, promesses, ordres ou menaces, on provoque le coupable à commettre un crime; non seulement lorsque, sciemment et dans le dessein du crime, on procure au coupable les moyens, armes ou instrumens qui ont servi à son exécution; mais encore lorsque, sciemment et dans le dessein du crime, on aide et assiste le coupable, soit dans les faits qui ont préparé ou facilité son exécution, soit dans l'acte même qui l'a consommé; et dans tous ces cas, le complice doit être puni de la même peine que l'auteur du crime même.

» Dans l'affaire qui a été portée à votre audience, le 29 mai dernier, le nommé Griblius avait été, comme Koob, reconnu avoir aidé le nommé Marchal à commettre des Escroqueries, en l'indiquant à trois jeunes gens comme capable de leur procurer leur congé moyennant une somme d'argent; et il avait été acquitté comme lui, sur le fondement qu'il n'avait rien reçu pour son propre compte. Mais vous avez cassé l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Moselle qui prononçait cette absolution illégale. (*V. Complice*, n. 2.)

» Dans une autre affaire que vous avez jugée le 18 juin suivant, la femme Vincent et son fils avaient pareillement servi d'intermédiaires, l'une à son mari, l'autre à son père, pour commettre diverses Escroqueries du même genre; ils avaient pareillement été acquittés par la cour de justice criminelle du département des Hautes-Pyrénées, comme n'ayant personnellement profité en rien des délits de leur mari et père; et vous avez également cassé l'arrêt de cette cour, comme contraire à l'art. 1 du tit. 3 de la 2e partie du Code pénal.

» Inutilement au surplus dirait-on que, par l'arrêt attaqué en ce moment, Koob n'est pas déclaré convaincu d'avoir fait, *sciemment et dans le dessein du crime*, les démarches qui sont reconnues pour constantes. L'arrêt lui-même prévient cette objection, en disant que Koob *a commis* en cela *une action*, non seulement *irréfléchie*, mais *même immorale*.

» Il ne peut donc pas être douteux que la cour de justice criminelle du Mont-Tonnerre n'ait violé la loi en acquittant Koob. — Voyons maintenant, et c'est notre 3e question, si elle ne l'a pas encore violée en acquittant la femme Goffer.

» Elle a acquitté cette femme, attendu « que les faits qui sont à sa charge, sont tous relatifs à la procédure intentée contre le sieur D.; qu'il paraît qu'elle a reçu et rendu de l'argent qui était destiné à des gratifications qu'on payait au sieur D., à raison de la visite des conscrits dont il était chargé; — qu'il paraît même qu'elle n'ignorait pas les motifs de ces présens, et *qu'elle recevait, de son côté, une petite portion de ces sommes de la part de son maître ou de ceux qui imploraient ses bons offices*; — que néanmoins, d'une part, la mort ayant éteint toutes poursuites ultérieures contre le sieur D., il est impossible de constater pleinement et juridiquement le mérite de ces accusations; que, de l'autre part, la prévenue était domestique de ce médecin; que rien ne prouve qu'elle ait agi, pour son propre compte, à l'insçu de son maître, et accepté des gratifications qui, par leur nature, ne pouvaient être offertes et reçues qu'à raison des fonctions du sieur D.; qu'il n'appartient pas à une servante d'examiner la légitimité de ces dons; et qu'en les remettant à son maître ou en les rendant d'après ses ordres, la responsabilité ne peut tomber que sur le fonctionnaire auquel ces présens étaient destinés; — que Kolter et Semal, qui ont stipulé avec une servante du sieur D. en son absence, n'ont pas positivement reconnu l'appelante pour l'individu auquel ils ont remis leur argent; qu'il serait alors possible que cet argent eût été remis à une autre servante; et qu'en admettant que ce soit elle qui l'ait reçu, il est encore devenu impossible de constater si elle a agi, dans ce cas, d'après les instructions de son maître et pour son propre intérêt; — que si les dénégations impudentes qu'elle a opposées aux preuves les plus claires devant les magistrats chargés de l'instruction de la procédure, ont donné lieu à la soupçonner d'avoir, personnellement et avec pleine connaissance de cause, coopéré à ce trafic, on peut cependant aussi attribuer ce système négatif et maladroit au désir de ne pas compromettre son maître; et qu'au moment

Digitized by Google

actuel, il serait inutile et impossible d'examiner des excuses qui ne pourraient que flétrir la mémoire d'un homme défunt, qui ne saurait plus se defendre; — enfin que lorsque, d'après un principe incontestable, l'innocence du sieur D. doit être présumée aussi long-temps, jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable par un jugement qui, dans l'espèce, ne saurait être rendu contre lui, il paraît que la procédure contre l'appelante, qui n'est qu'un accessoire de celle dirigée contre son maître, est devenue, par le décès de ce dernier, inutile et sans objet; et que la condamnation prononcée contre elle, ne porterait que sur une femme de la classe du menu peuple, qui, comme domestique, suivait les impulsions de son maître....».

» Tout cela se réduit, comme vous le voyez, à dire que la femme Goffer a reçu des gratifications pour le sieur D., médecin en chef de l'hôpital militaire de Mayence, et employé comme tel à la visite des conscrits; qu'elle n'ignorait pas, en les recevant pour lui, qu'elles étaient destinées à capter sa bienveillance pour les conscrits qu'il avait à visiter; qu'elle en touchait même, pour son propre compte, *une petite portion;* que cependant elle ne peut pas être considérée comme coupable, et parce qu'en sa qualité de servante du sieur D., elle devait obéissance à son maître; et parce que la mort du sieur D. ayant éteint l'action publique dont il aurait pu être l'objet, l'a nécessairement éteinte aussi à l'egard de sa complice prétendue.

» Pour apprécier ces motifs, nous devons d'abord nous fixer sur un point capital, sur celui de savoir si le sieur D. se serait rendu coupable de quelque délit, en recevant des gratifications des conscrits qui devaient subir son examen; et l'affirmative n'est pas susceptible du plus léger doute.

» D'une part, le sieur D. était salarié par le gouvernement pour la visite des conscrits. L'art. 40 du décret impérial du 8 fructidor an 13 porte qu'il « sera accordé par le ministre de la guerre, sur les états numératifs des conscrits visités, certifiés par le préfet, une juste et convenable indemnité aux docteurs ou officiers de santé choisis par eux pour l'examen des conscrits».

» D'un autre côté, l'art. 60 du même décret porte: « Conformément à la loi du 28 nivose an 7, tout docteur en medecine ou en chirurgie, tout officier de santé, tout agent de l'administration civile, tout officier ou sous-officier de l'armée, convaincus d'avoir attesté à faux des infirmités ou des incapacités, ou d'avoir, à raison de leurs visites ou fonctions, reçu des presens ou gratifications, soit avant, soit après, seront punis, par voie de police correctionnelle, d'une peine qui ne pourra être moindre d'une année d'emprisonnement, ni exceder deux ans, et, en outre, d'une amende qui ne pourra être moindre de 300 fr. ni exceder 1000 fr. Ils seront, en outre, poursuivis, s'il y a lieu, pour le remboursement, en faveur des hôpitaux, des presens et gratifications qu'ils auront reçus ».

» Il est donc bien constant que le sieur D. serait punissable, si, vivant encore, il était convaincu d'avoir reçu de l'argent pour la visite des conscrits; et par une conséquence nécessaire, il est constant aussi que si pour recevoir cet argent, il avait employé un entremetteur quelconque, cet entremetteur devrait être également puni, soit qu'il n'eût fait que recevoir l'argent pour le remettre au sieur D., soit que, de l'aveu du sieur D. ou de ceux qui lui faisaient passer cet argent, il en eût retenu pour lui-même une portion plus ou moins forte.

» Il n'importerait d'ailleurs que cet entremetteur fût à l'égard du sieur D. dans l'état de dépendance qui constitue la domesticité: un domestique doit sans doute obéissance à son maître; mais il ne la lui doit que dans les choses qui ne blesseut en rien les lois, l'ordre public et les mœurs; et tout domestique qui, de l'ordre même le plus positif de son maître, l'aide et l'assiste à commettre un délit, n'est pas moins coupable que s'il aidait et assistait, pour le même objet, une personne qui lui fût absolument étrangère.

» Mais de ce que le sieur D. est mort, et de ce que, par suite de cet événement, il ne peut plus être jugé sur les faits de corruption qui ont été articulés contre lui, s'ensuit-il que la femme Goffer ne peut pas être poursuivie comme complice de ces mêmes faits? s'ensuit-il que si ces faits sont reconnus constans, elle ne doit pas être punie de la peine qui devrait lui être imposée en même temps qu'au sieur D., dans le cas où celui-ci vivrait encore? Ou plutôt de pareilles questions sont-elles proposables?... (*V.* la loi du 26 messidor an 2, rapportée à l'article *Complice*, n. 3.)

» Disons donc que la femme Goffer n'a pu être acquittée que par le mépris le plus formel et de la loi que nous venons de citer et de l'art. 3. du tit. 3. de la seconde partie du Code pénal du 25 septembre 1791.

» Quant à Laukard, qui est l'objet des deux questions sur lesquelles il nous reste à nous expliquer, voyons d'abord quels sont les faits qui le concernent.

» Voici comment il les expose lui-même. Frère et tuteur d'un conscrit, il avait formé avec quatorze pères de famille une association dont l'objet était de procurer, à frais communs, des remplaçans à ceux de leurs enfans qui pourraient être appelés par le sort au service militaire; et la société l'avait choisi pour son agent. Le sort étant tombé sur plusieurs de ces jeunes gens, Laukard présenta quelques remplaçans qui ne furent pas acceptés. Peu de temps après, il fut fait devant notaire, entre Knet et Hassebach, pères de deux conscrits tombés au sort, d'une part, et Laukard, de l'autre, une nouvelle convention par laquelle celui-ci se chargea, moyennant quatre-vingt louis pour chacun de ces jeunes gens, de les faire remplacer à ses risques. Bientôt, informé que Sturm, employé à la préfecture, se chargeait de faire des démarches pour accélérer la réception des remplaçans, il lui parla, le pria de faire promptement examiner les deux remplaçans

Digitized by Google

qu'il avait proposés pour les fils de Knet et d'Hassebach, et lui promit une gratification de vingt louis. Enfin, les deux remplaçans ayant été reçus, il remit les vingt louis à la femme de Sturm.

» De ces faits, Laukard conclud qu'il n'y a eu de sa part ni Escroquerie ni délit quelconque; et cependant l'arrêt qu'il attaque, le condamne, comme coupable d'Escroquerie, à 300 francs d'amende et à deux mois d'emprisonnement.

» Mais d'abord, est-il bien vrai que les faits, tels que les présente Laukard, ne portent le caractère d'aucun délit? Nous l'avons déjà dit, l'art. 60 du décret impérial, du 8 fructidor an 13, veut, *conformément à la loi du 28 nivose an 7*, que l'on punisse d'une amende qui ne pourra être au-dessous de 300 ni au-dessus de 1,000 francs, et d'un emprisonnement qui ne pourra excéder deux années, ni être moindre d'un an, non seulement tout officier de santé, mais encore *tout agent de l'administration civile*, qui sera *convaincu d'avoir, à raison de ses fonctions, reçu des gratifications, soit avant, soit après*; et cela posé, de deux choses l'une.

» Ou Sturm avait, comme employé à la préfecture, quelques fonctions à remplir par rapport à la réception des remplaçans; ou il était, par son emploi, absolument étranger à cette réception.

» Au premier cas, Laukard se trouvera complice du délit de corruption; et loin d'avoir été puni trop sévèrement, il ne l'aura pas même été au *minimum* du taux fixé par la loi, puisque la loi voulait qu'il fût condamné pour le moins à une année d'emprisonnement, et qu'il ne l'a été qu'à deux mois.

» Au second cas, Laukard se trouvera évidemment complice d'Escroquerie; et alors qu'aura-t-il à dire?

» Maintenant, quel est de ces deux partis celui auquel s'est attachée la cour de justice criminelle? Son arrêt nous le dit: elle a considéré Sturm, non comme coupable de corruption, mais comme coupable d'Escroquerie; et elle a considéré Laukard comme l'ayant aidé à commettre une Escroquerie, et non à recevoir ce que nos anciennes lois appelaient des *dons corrompables*. Elle a par conséquent jugé, et que Sturm n'avait aucune fonction à remplir pour la réception des remplaçans, et que Laukard, en lui promettant et lui donnant vingt louis au nom de Knet et d'Hassebach, les avait promis et donnés à un véritable escroc.

» Dira-t-on que Laukard croyait, en lui promettant et lui donnant ces vingt louis, non pas aider et faciliter une Escroquerie, mais exercer un acte de corruption?

» Cela peut être; cela est même nécessairement, si Laukard pensait que Sturm eût, par son emploi, quelque influence sur la réception des remplaçans; et l'arrêt attaqué ne dit pas qu'il n'ait pas eu cette opinion; il fait même entendre que cette opinion était réellement celle de Laukard.

» Mais de là s'ensuit-il que l'arrêt puisse et doive être cassé pour avoir condamné Laukard, comme corrupteur, et non pas comme fauteur d'Escroquerie?

» D'abord, il n'est pas exact de dire que l'arrêt ne condamne pas Laukard comme corrupteur: c'est comme corrupteur qu'il le représente dans ses *motifs*; c'est donc à raison de sa qualité de corrupteur qu'il le condamne.

» Ensuite, qu'importe que, dans son dispositif, l'arrêt lui applique la loi relative à l'Escroquerie? Tout ce qu'on peut induire de là, c'est que Laukard est jugé avoir coopéré à une Escroquerie, en agissant comme corrupteur; c'est que la corruption est jugée avoir été, pour Laukard, un moyen de coopérer à une Escroquerie.

» Enfin, ce qui achève de lever toute espèce de difficulté, c'est que la peine infligée à Laukard par l'arrêt dont il se plaint, n'excède pas, à beaucoup près, celle dont l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 détermine le *maximum*.

» Mais si, de tous ces détails, il résulte que la cour de justice criminelle a bien jugé, en condamnant Laukard, il en résulte aussi que son arrêt doit être casse, pour n'avoir pas déclaré solidaires entre lui, Sturm et sa femme, les amendes auxquelles ils sont respectivement condamnés. — En effet, l'art. 42 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 porte que « les amendes de la police correctionnelle et de la police municipale seront solidaires entre les coupliées ». Or, Laukard est jugé complice de Sturm et sa femme; il devait donc être condamné solidairement avec Sturm et sa femme, aux amendes prononcées contre eux; comme, de leur côté, Sturm et sa femme devaient être condamnés solidairement avec lui, à l'amende qu'il a encourue.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu, en ce qui concerne le recours de Laukard contre l'arrêt dont il s'agit, de le rejeter avec amende; et en ce qui concerne le recours du procureur général de la cour de justice criminelle du département du Mont-Tonnerre, de casser et annuller le même arrêt, 1°. en ce qu'il acquitte Jérémie Koob; 2°. en ce qu'il acquitte Marguerite Werner, femme Goffer; 3°. en ce qu'il ne déclare pas solidaires entre Laukard, Sturm et sa femme, les amendes qu'il prononce contre chacun d'eux; de renvoyer Koob et la femme Goffer devant la cour de justice criminelle du département le plus voisin, pour y être procédé à un nouveau jugement sur l'appel de celui du 27 avril 1807; d'y renvoyer pareillement Sturm, sa femme, et Laukard, pour y être statué sur la solidarité requise contre eux à raison des amendes auxquelles ils sont respectivement condamnés; et d'ordonner qu'à notre diligence, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ladite cour ».

Arrêt du 14 août 1807, au rapport de M. Seignette, par lequel,

« Attendu, sur le pourvoi de Laukard, que de l'arrêt de la cour de justice criminelle du Mont-Tonnerre du 16 juin dernier, il résulte que Henri-Guillaume Laukard a été le complice de l'Escro-

Digitized by Google

querie pour laquelle Sturm et sa femme sont condamnés; La cour rejette le pourvoi...

» Sur le pourvoi du procureur général impérial en la cour de justice criminelle du Mont-Tonnerre, relativement à ce que la plus grande partie des condamnations est au-dessous du *maximum* que la loi permettait de prononcer; — Attendu que l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 19-22 juillet 1791, qui fixe pour l'Escroquerie, le *maximum* et le *minimum*, soit de l'amende, soit de l'emprisonnement, laisse aux juges toute liberté entre ces limites; que la loi s'en rapporte à leur conscience et à leurs lumières, du soin d'apprécier le plus ou le moins de gravité du délit; que l'excès de sévérité ou d'indulgence ne presenterait qu'un mal juge qui ne pourrait donner matière à cassation; — La cour rejette, relativement à Marie Berger, femme Sturm, et cela, seulement quant à la quotité de l'amende et à la durée de l'emprisonnement, le pourvoi du procureur général impérial en la cour de justice criminelle; rejette également le pourvoi du même procureur général, relativement à Jacques Perpente, Charles Lang, François Kohler, Frédéric-Joseph Frochauf, Gabriel Brocard et Philippe-Chrétien Fresennius.

» Mais vu l'art. 7 du tit. 2 de la loi du 19-22 juillet 1791, portant : *les délits punissables par voie de police correctionnelle, sont*, 1°.... 5°. *les atteintes portées à la propriété des citoyens, par dégats, larcins ou simples vols, Escroqueries....* — Et attendu qu'il est reconnu par l'arrêt attaqué, que Jérémie Koob a accompagné un conscrit, chez la femme Sturm; qu'il leur a servi d'interprète, lorsque ce conscrit a remis trente louis à cette femme; et que cette dernière a consommé l'Escroquerie envers le conscrit; qu'ainsi Koob a aidé l'auteur du délit, dans les faits qui en ont préparé et facilité l'exécution; que, par là, il s'est rendu complice de ce délit; qu'ainsi la cour de justice criminelle, en l'acquittant, a violé la loi;

» Attendu, en ce qui concerne Marguerite Werner, femme Goffer, que si le sieur D. vivait encore et qu'il fût convaincu d'avoir reçu de l'argent des conscrits, si les faits articulés contre lui étaient declarés constans, ce médecin serait punissable; que son décès qui empêche toute poursuite contre lui, n'en affranchit pas ceux qui peuvent avoir été ses complices; et que l'arrêt attaqué déclare que la femme Goffer a reçu et rendu de l'argent qui était destiné à des gratifications qu'on payait au sieur D., à raison de la visite des conscrits dont il était chargé; qu'il paraît même, ajoute l'arrêt, qu'elle n'ignorait pas l'objet de ces presens, et qu'elle recevait, de son côté, une petite portion de ces sommes, de la part de son maître, ou de ceux qui imploraient ses bons offices; — Que, cependant, la cour de justice criminelle a cru que l'état de dépendance et de domesticité dans lequel était la femme Goffer à l'égard du sieur D., a pu ôter aux actions de cette femme le caractère de délit, comme si l'obéissance qu'un domestique doit à son maître, pouvait s'étendre jusqu'à ce qui blesse les lois et l'ordre public; qu'ainsi la cour de justice criminelle, d'après les faits reconnus par elle, a encore violé la loi en acquittant la femme Goffer;

» Et vu encore l'art. 42 du tit. 2 de la loi du 19-22 juillet 1791, portant : *les amendes de la police correctionnelle et de la police municipale seront solidaires entre les complices*; — Attendu que la cour de justice criminelle a condamné Sturm comme coupable d'Escroquerie; qu'elle a considéré Laukard comme l'ayant assisté et aidé à commettre cette Escroquerie, pour laquelle la femme Sturm est également condamnée; que, conséquemment, la solidarité de l'amende devait être prononcée entre ces trois individus;

» La cour casse l'arrêt du 16 juin dernier dans les dispositions qui acquittent Koob et la femme Goffer; casse pareillement, à l'égard de Sturm, sa femme, et Laukard, ledit arrêt, seulement en ce qu'il n'a pas prononcé la solidarité de l'amende entre ces trois condamnés; — Et pour être statué à l'egard de Koob et de la femme Goffer sur l'appel du procureur impérial au tribunal de première instance de Mayence, du jugement de ce même tribunal, du 2 mai dernier, et pour voir prononcer sur la solidarité de l'amende entre Sturm, Marie Berger sa femme, et Laukard, et même entre les trois derniers et Koob, s'il y echet, renvoie par-devant la cour de justice criminelle de la Sarre.... »

XIV. Peut-on, doit-on punir des peines de l'Escroquerie, des agens de l'administration et des officiers de santé qui, convaincus d'avoir, au mépris des défenses portées par la loi du 28 nivose an 7 et par le décret impérial du 8 fructidor an 13, reçu de l'argent des conscrits à raison de leurs fonctions, le sont en même temps de s'être fait donner cet argent par l'espérance qu'ils avaient inspirée aux conscrits de les faire exempter du service militaire? — Le peut-on, le doit-on spécialement dans le cas où, par l'ordonnance du directeur du jury qui les traduit devant le tribunal correctionnel, ils ne sont prévenus que du premier de ces délits? — Enfin, les amendes prononcées pour cause d'Escroquerie, sont-elles solidaires contre chacun des condamnés pour raison du même fait, lorsqu'elles sont portées au *maximum*, c'est-à-dire, à 5,000 fr.?

Les sieurs D., N., B. et V. ont soutenu la négative de ces trois questions, en attaquant, devant la cour de cassation, un arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Meuse, qui les condamnait chacun à une amende de 5,000 fr., ainsi qu'à un emprisonnement de deux années, et déclarait les quatre amendes solidaires entre eux.

« Suivant eux (a-je dit à l'audience de la section criminelle, le 11 septembre 1807), ils n'ont été condamnés que pour avoir, en leurs qualités respectives de maire de la commune de M., de secrétaires de la sous-préfecture de M., et d'officier de santé, reçu de l'argent des conscrits ou de leurs

Digitized by Google

parens. On ne pouvait donc leur appliquer que les peines portées par la loi du 28 nivose an 7; et cependant on leur a applique les peines portees par l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791.

» Mais d'abord, en ce qui concerne D., N. et B., ce moyen porte absolument à faux. D., N. et B. ont été déclarés, par l'ordonnance du directeur du jury, prévenus d'Escroqueries commises envers des conscrits de l'an 14 et des années antérieures; et c'est comme coupables de ces Escroqueries qu'ils ont été condamnés. C'est donc des peines portees par la loi du 22 juillet 1791, qu'ils ont dû être punis. L'arrêt attaque a donc, à leur egard, fait une très juste application de la loi penale.

» Quant à V., il est vrai que l'ordonnance du directeur du jury ne l'a traduit au tribunal correctionnel que comme prévenu d'avoir reçu de l'argent à raison des visites des conscrits. Mais devant le tribunal correctionnel, il a été reconnu avoir pris part aux Escroqueries commises par D. et N.; et dès-lors, quel obstacle pouvait-il y avoir à ce qu'on lui infligeât les peines de l'Escroquerie proprement dite?

» Prétendra-t-on que le tribunal correctionnel ne ponvait le juger que sur les faits articulés dans l'ordonnance de traduction du directeur du jury?

» Mais d'abord il n'est écrit nulle part que l'ordonnance de traduction du directeur du jury circonscrit tellement la compétence du tribunal correctionnel, qu'il ne puisse, en statuant sur le délit qui y est articulé, statuer en même temps sur un autre delit que les debats lui auraient fait connaître.

» Ensuite, quand il en serait à cet égard de l'ordonnance de traduction en matière correctionnelle comme de l'acte d'accusation en matière criminelle, au moins devrait-on convenir que de même qu'on peut, en matière criminelle, interroger les jurés de jugement sur des circonstances non mentionnées dans l'acte d'accusation, *quand même* (est-il dit dans l'art. 379 du Code du 3 brumaire an 4) *elles changeraient le caractère du délit résultant du fait qui y est porté*, de même aussi le tribunal civil pourrait, en matière correctionnelle, statuer sur des circonstances non mentionnées dans l'ordonnance de traduction, quand même elles donneraient un autre caractère au delit qui est énoncé dans cette ordonnance.

» Or, qu'a fait dans notre espèce le tribunal correctionnel de M.? Rien autre chose que de déclarer que V., en recevant de l'argent des conscrits qu'il avait visités, leur avait persuadé qu'il avait des moyens pour les faire exempter de la conscription; rien autre chose par conséquent que de statuer sur une circonstance du délit porté dans l'ordonnance de traduction.

» Quant au moyen de cassation tiré de ce que, par l'effet de la solidarité des amendes, chacun des demandeurs se trouve puni d'une peine qui excède le *maximum* de la loi du 22 juillet 1791, il tombe de lui-même devant l'art. 42 du tit. 2 de cette loi, qui, sans distinguer le cas où les amendes sont portées au *maximum* d'avec celui où elles ne le sont pas, et par conséquent les identifiant l'un avec l'autre, déclare « les amendes de la police correctionnelle et de la police municipale solidaires entre les complices ».

» Un semblable moyen vous a été depuis peu proposé, dans les mêmes circonstances que celles-ci, par le sieur G., pharmacien, demandeur en cassation d'un arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Somme, qui, en le condamnant à une amende de 5,000 fr. pour fait d'Escroquerie, avait déclaré solidaires contre lui les amendes prononcées au même taux contre ses complices; et ce moyen, vous l'avez rejeté par arrêt du 20 août dernier. Vous le rejetterez donc encore par l'arrêt que vous allez rendre ».

Arrêt du 11 septembre 1807, au rapport de M. Vergès, qui, — « Attendu qu'il résulte de l'ordonnance de compétence que Jean D., Philippe N. et Nicolas-André B. etaient prévenus d'être auteurs et complices d'Escroqueries commises au préjudice de parens de conscrits, en se faisant remettre des sommes sous prétexte de faire obtenir aux conscrits des exemptions de service ou des réformes; — Que par conséquent la qualité du delit fixée à l'égard de ces trois individus par l'ordonnance de compétence, s'identifie avec la qualité du delit qui a donné lieu à la condamnation; — Que Louis V. a été aussi déclaré convaincu d'avoir participé aux Escroqueries dont il s'agit; que, quoique ledit V. ne fût prévenu, d'après l'ordonnance de compétence, que d'avoir reçu, en qualite d'officier de santé, des gratifications et des sommes d'argent de parens de conscrits, ce delit, déjà très grave, a été encore aggravé par les charges qui ont résulté de l'instruction; — Que la cour dont l'arrêt est attaqué, en déclarant ledit V. convaincu du délit d'Escroquerie, qui était aussi de la compétence de la police correctionnelle, a irrévocablement apprécié les preuves qui ont servi de base à sa condamnation; — Attendu que, d'après l'art. 42 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, les amendes de la police correctionnelle sont solidaires entre les complices; que la cour dont l'arrêt est attaqué, a fait par conséquent une juste application de cette loi en condamnant les réclamans solidairement au paiement des amendes respectivement prononcées contre eux; — Rejette le pourvoi... ».

XV. On a vu plus haut, n. 1, qu'aux termes de l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, le prévenu d'Escroquerie qui a été condamné à l'emprisonnement, doit, « en cas d'appel, garder prison, à moins que les juges ne trouvent convenable de le mettre en liberté, sur une caution triple de l'amende et des dommages-intérêts prononcés ». — Cette disposition est-elle applicable au prévenu qui, avant le jugement, a obtenu sa liberté provisoire moyennant caution; ou du moins est-elle, pour ce cas, abrogée par les art. 194 et 594 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4?

Digitized by Google

Sur une plainte en Escroquerie portée contre Defer, un mandat d'arrêt est décerné contre lui et reçoit son exécution. — Defer présente une caution au directeur du jury, qui, par une ordonnance calquée sur l'art. 222 du Code du 3 brumaire et sur la loi du 29 thermidor an 4, lui accorde sa liberté provisoire. — Par jugement du 14 vendémiaire an 12, le tribunal correctionnel de Paris, statuant au fond, condamne Defer à un emprisonnement de trois mois, à une amende de 1,500 francs, à des restitutions et dommages-intérêts envers la partie civile; *ordonne qu'à l'instant Defer sera arrêté et emprisonné*, et en conséquence déclare sa caution libérée de l'obligation qu'elle a contractée de le représenter à la justice.— Defer, emprisonné, appelle de ce jugement; conclut à ce qu'avant tout, la cour de justice criminelle du département de la Seine en reforme la dernière disposition, qui, au mépris de l'art. 194 du Code du 3 brumaire an 4, a fait cesser, pendant le délai de l'appel, l'effet de la liberté provisoire qu'il avait obtenue pendant l'instruction du procès; et demande que l'ordonnance du directeur du jury qui l'a provisoirement élargi, soit exécutée jusqu'au jugement de l'appel. — Le 23 brumaire an 12, arrêt qui accorde à Defer sa liberté provisoire, mais « à la charge de fournir, conformément à l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, une caution triple de l'amende, des restitutions et des dommages-intérêts prononcés contre lui par le tribunal de première instance ». — Defer se pourvoit en cassation, et le procureur général de la cour de justice criminelle se joint à lui. Ils soutiennent, 1°. que l'art. 594 du Code du 3 brumaire an 4 ayant abrogé toutes les lois précédentes concernant la *forme de procéder et de juger* en matière correctionnelle, on ne peut plus s'arrêter à la disposition de l'art. 35 de la loi de 1791, qui ordonnait l'exécution provisoire des jugemens de première instance portant condamnation à l'emprisonnement; qu'on le peut d'autant moins, que l'art. 154 du même Code veut, sans distinguer les cas d'Escroquerie d'avec les autres, que, pendant le délai accordé au prévenu pour appeler, il soit sursis à l'exécution du jugement; que d'ailleurs, l'arrêt attaqué ajoute à la loi, en obligeant Defer de donner, pour obtenir sa liberté provisoire, une caution triple, non seulement de l'amende et des dommages-intérêts, mais encore des *restitutions*.

Le 20 pluviose an 12, arrêt sur délibéré, au rapport de M. Borel, qui, « attendu que l'art. 35 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791 n'est révoqué par aucune loi; que l'abrogation des dispositions de ladite loi, relatives à la forme de procéder, et aux règles d'instruction à observer par les tribunaux de police municipale et correctionnelle, n'a pu comprendre la garantie civile et spéciale introduite dans les cas prévus par ledit art. 35, en faveur du ministère public et des parties privées; — Attendu que la disposition du jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, du 6 vendémiaire an 12, relative à l'emprisonnement du condamné par ledit jugement, est une application dudit art. 35; que la décision que cet article laisse à l'arbitrage du juge, sur l'admission à la caution qu'il détermine, ou sur la réintégration de l'effet ordinaire du mandat d'arrêt, n'entraîne que la cessation d'une exception au droit commun, et d'un état provisoire du prévenu précédemment admis à caution, mais qu'elle ne renferme aucune exécution précipitée des condamnations soumises aux juges d'appel, et par conséquent, aucune contravention au sursis prononcé, en cas d'appel, par l'art. 194 du Code des délits et des peines; — attendu que la loi du 29 thermidor an 4 a eu pour objet l'intérêt de la république et des citoyens lésés par les délits; qu'elle proportionne la quotité du cautionnement admissible pour les cas prévus par l'art. 32, ce qui démontre clairement que le législateur n'a pas voulu répéter une disposition qui existait déja dans la disposition finale de l'art. 35 de la même loi de 1791; qu'ainsi, ni l'art. 222 du Code des délits et des peines, ni cette loi de thermidor an 4, ne sont violées par l'application de l'art. 35 de ladite loi de 1791, qui n'est aucunement abrogé ni altéré par les lois subséquentes; — Attendu enfin, qu'en comprenant les restitutions, le tribunal criminel du département de la Seine, n'a fait qu'une juste application dudit art. 35 de la loi du 22 juillet 1791; — Rejette... ».]]

[[ESPION. *V. Commission*, sect. 1, §. 5.]]

* ESPRITS. Substances immatérielles dont la religion nous assure l'existence.

Taillepied a donné, en 1617, un volume in-12, imprimé à Paris, contenant un Traité de l'apparition des Esprits. On croyait fort aisément, dans les siècles d'ignorance, au retour et à l'apparition des Esprits: on leur attribuait nombre d'effets surprenans, auxquels la philosophie sait assigner aujourd'hui la véritable cause. Nous ne nous arrêterons donc à cet article, que pour observer que le retour des Esprits dans une maison a été regardé autrefois comme une cause légitime de la résolution d'un bail. Le parlement de Paris n'a pas été plus exempt que d'autres tribunaux supérieurs, de ces erreurs populaires. Il a souvent, comme on le remarque dans Papon, déclaré des baux nuls, sous prétexte que les Esprits malins faisaient du tapage dans les bâtimens loués. En 1576, un locataire se plaignit que la femme de son propriétaire revenait en Esprit pendant la nuit; et sur ce fondement, il demanda la résolution du bail: le parlement, ne regardant pas la chose comme impossible, appointa sur ce fait les parties au conseil, par arrêt du 6 mars de la même année, et au surplus, ordonna que, par provision, le bail tiendrait. On peut voir des choses fort curieuses à ce sujet dans la *Bibliothèque canonique* de Bouchel. (M. Daniau.)*

[[ESSAI DE CONCILIATION.. *V. Bureau de paix.*]]

[[ESSAI (*Droits réunis.*) *V. Dégustation.*]]

* ESSAI (*Vente à l'*). Il est assez ordinaire que

Digitized by Google

dans la vente des choses dont on ne peut bien connaître la bonté et la qualité que par l'usage qu'on en fait, comme lorsqu'il s'agit d'un cheval, d'un essieu, d'une montre ou d'une pendule, on convienne que, si ces objets ou d'autres semblables ne répondent pas à l'attente de l'acheteur, le marché sera regardé comme non avenu.

Il s'agit de savoir, dans ces sortes d'occasions, s'il y a eu un temps limité pour l'Essai, ou s'il n'y en a point eu. S'il y a eu un temps limite, comme cela arrive ordinairement, on n'est plus recevable, après ce temps passé, d'exciper du vice de la chose, pour faire regarder la vente comme non avenue. Le prix payé demeure sans retour, ou l'acheteur est obligé de le payer, sans pouvoir s'en défendre sous aucun prétexte; le terme est fatal: c'est un point de droit sur lequel les jurisconsultes sont d'accord. *Si*, au contraire, il n'y a point eu de temps déterminé pour cet Essai, le droit romain (loi 31, §. 22, D. *de ædilitio edicto*) veut qu'au défaut d'un temps marqué, l'acheteur ait soixante jours pour se décider; mais nos usages, tout-à-fait différens, laissent le délai à l'arbitrage du juge. C'est donc au juge que le vendeur doit, en pareil cas, s'adresser pour obliger l'acheteur, ou à faire l'Essai dans tel temps, ou pour s'expliquer sans autre délai, s'il a déjà eu un temps suffisant pour se décider.

Il faut encore distinguer si, dans les choses que l'on donne à l'Essai, la vente est faite, ou si, au contraire, il est convenu qu'on n'entrera en marché qu'après l'Essai des choses qui sont proposées à vendre. Au premier cas, lorsque la chose vendue vient à périr, et que l'acheteur ne peut plus la représenter, elle demeure pour son compte, et il est obligé de la payer, si déjà il ne l'a fait; parceque la vente, quoique faite sous une condition résolutoire, n'en est pas moins une vente parfaite, dont l'objet est devenu par conséquent aux risques de l'acheteur; ce qui serait néanmoins différent, si la chose était périe dans l'Essai même qu'on en faisait, comme si une légère fatigue avait fait crever un cheval dans le temps qu'on l'éprouvait.

Si, au contraire, la vente ne doit avoir lieu qu'après l'épreuve faite de la chose, et que, dans cet intervalle, elle soit venue à périr, la perte est pour celui à qui elle appartenait encore, c'est-à-dire, pour celui qui en proposait la vente, à moins qu'il n'y ait eu quelque faute de la part de celui qui en faisait ou qui devait en faire l'Essai; car, dès qu'il n'y avait pas encore de vente, les risques étaient toujours pour le compte du propriétaire.

V. l'art. 3 du chap. 3 de la deuxième partie du premier tome du *Traité de la vente* par Pothier. (M. Dareau.) *

[[Dans le doute, « la vente faite à l'Essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive ». *Code Napoléon*, *art.* 1588.]]

* ESSAI (*monnaie et orfèvrerie.*) C'est le procédé dont on se sert pour connaître le titre de l'or et de l'argent que l'on emploie pour les espèces ou pour les ouvrages de ces matières qui doivent circuler dans le public. *V. Essayeur.* (M. Dareau.) *

* ESSAYEUR. C'est un officier des monnaies, qui, par ses opérations, éprouve si les matières destinées à la fabrication des espèces, et si les espèces fabriquées, sont au titre prescrit par l'ordonnance. (M. Dareau.) *

[[On appelle aussi *Essayeur* le premier employé de chaque *bureau de garantie*. *V. Marque et Contrôle*, et la loi du 18 brumaire an 6, tit. 4.]]

* ESSORILLE. Criminel à qui l'on a coupé les oreilles.

C'était anciennement un genre de peine criminelle, que d'être coudamné à avoir les oreilles coupées. Cette peine se prononçait principalement contre les larrons: elle se trouve établie dans nombre de coutumes, notamment dans celle d'Anjou, art. 148, et dans celle de Lodunois, chap. 39, art. 12. La coutume de la Marche, art. 337, prononce cette peine contre ceux qui, ayant été bannis à perpétuité, osent reparaître dans le pays. — Jean Doyac, qui avait gouverné sous Louis XI, fut Essorillé et fustigé en 1484. — Il est parlé de ce genre de peine dans deux anciennes ordonnances, l'une du mois de mars 1498, et l'autre du 24 juillet 1534. — Ce châtiment est encore aujourd'hui en usage dans nos colonies à l'égard des esclaves fugitifs. *V. Esclavage.*

On trouvera là-dessus de plus grands détails dans l'ouvrage intitulé *Langœi semestria*, liv. 10, chap 2; et dans les *Plaidoyers d'Expilly*, §. 29 et 30. (M. Dareau.) *

* ESTAMPE. Image ou représentation d'une chose tirée sur du papier ou du vélin, avec une planche de cuivre ou de bois qui est gravée.

Nous nous arrêtons à ce mot, pour observer simplement que toute Estampe dont le sujet serait contraire aux bonnes mœurs et à la décence publique, serait dans le cas d'être prohibée, tout comme pourrait l'être un livre qui contiendrait des maximes contraires aux mœurs, à la religion et au gouvernement; et que ceux qui seraient les auteurs, graveurs et distributeurs d'une Estampe pareille, seraient dans le cas d'être punis suivant la gravité du fait et les circonstances. — [[*V.* la loi du 29 juillet 1791, tit. 2, art. 8.]]

Il y a des Estampes pour lesquelles on obtient un privilège, comme on l'obtient pour un livre. De sorte que quand un auteur a obtenu un privilège pour une Estampe, le graveur qui la copierait, s'exposerait aux peines prononcées par les règlemens contre les contrefacteurs. — [[*V.* au mot *Contrefaçon*, quelle est là-dessus la législation actuelle.]]

Quant aux Estampes injurieuses à la réputation des particuliers, *V. Effigie.* (M. Dareau.) *

* ESTER A DROIT. *V. Coutumace.*

* ESTER EN JUGEMENT. Ces mots viennent du latin *stare in judicio*; ils signifient comparoir en jugement, paraître en justice, soit en demandant ou

Digitized by Google

en défendant, être partie dans une cause ou dans un procès.

Il y a plusieurs personnes qui ne peuvent pas Ester en jugement. *V. Autorisation maritale, Curateur*, §. 1 et 3; *Désistement, Condamné*, etc. (M. Desessart.) *

ESTEULLES ou ÉTEULES. *V. Chaume.*

* ESTIMATION. C'est la prisée ou évaluation d'une chose.

I. En matière de traites [[ou douanes]], les commis sont autorisés à retenir les marchandises qui doivent les droits d'entrée ou de sortie à l'Estimation, en payant le montant de l'Estimation portée par la déclaration, avec le sixième en sus. *V. Retenue.*

Lorsque les commis ont saisi des marchandises qui ne peuvent être gardées sans une perte considérable, elles doivent être vendues au plus offrant et dernier enchérisseur, et les deniers consignés durant la contestation entre les mains du fermier, si mieux n'aiment les marchands donner bonne et suffisante caution de représenter la valeur des marchandises, le cas échéant, ou en consigner le prix entre les mains du fermier, conformément à l'Estimation qui en aura été prealablement faite. C'est ce qui résulte de l'art. 10 du tit. 11 de l'ordonnance du mois de février 1687 [[et de l'art. 5 du tit. 4 de la loi du 9 floréal an 7.]]

II. Dans les licitations des immeubles des mineurs, l'Estimation doit en être prealablement faite par autorité de justice, et ces immeubles ne peuvent être adjugés au-dessous de la prisée des experts. [[*V.* le Code Napoléon, art. 824 et suivans, et le Code de procédure civile, art. 969 et suiv.]]

III. Il y a des cas où l'Estimation d'une chose peut produire le même effet qu'une vente; par exemple, dans quelques parlemens de droit écrit, on tient pour maxime, que lorsqu'un bien dotal est estimé, le mari peut en disposer en rendant l'Estimation. — [[*V. Dot.*]]

IV. En matière de commerce maritime, si l'assurance est faite sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès, apparaux, armemens et victuailles, ou sur une portion, l'Estimation doit en être faite par la police, sauf à l'assureur, en cas de fraude, à faire procéder à une nouvelle Estimation. Telles sont les dispositions de l'art. 8 du tit. 6 du liv. 3 de l'ordonnance du mois d'août 1681, [[et des art. 143 et 147 du 2e livre du Code de commerce.]]

A l'égard des marchandises assurées, l'art. 64 du même titre veut que la valeur en puisse être justifiée par livres ou factures, sinon, que l'Estimation en soit faite selon le prix courant au temps et lieu du chargement, y compris les droits payés et les frais faits jusqu'à bord, à moins qu'elles ne soient estimées par la police. (M. Geyot.) *

[[C'est ce que règle pareillement le Code de commerce, liv. 2, art. 150.

V. L'art. 621 du Code de procédure civile porte qu'en cas de saisie par exécution de bagues et joyaux de la valeur de 300 francs au moins, ils ne pourront être vendus « au-dessous de l'Estimation qui en aura été faite par des gens de l'art ».

[[VI. En matière d'enregistrement, la loi du 22 frimaire an 7 prescrit les règles à suivre pour l'Estimation des biens sujets à ce droit. *V. Enregistrement (droits d')*, §. 29; et *Expert*, n. 4.]]

* ESTOC. Ce mot signifie littéralement le *tronc d'un arbre;* mais en jurisprudence, il exprime la souche commune dont plusieurs personnes sont issues.

Dans les coutumes de simple côte, ou de côte et ligne, on confond souvent le terme d'*Estoc* avec celui de *ligne*: ces deux mots sont synonymes dans la coutume de Paris; mais dans les coutumes souchères, le terme d'*Estoc* se prend, comme on vient de le dire, pour la souche commune. V. *Propres* et *Paterna paternis.* (M. Dareau.) *

* ETABLISSEMENT, en latin *Stabilimentum.* On appelait ainsi, dans le 12e siècle et au commencement du 13e, les ordonnances et lettres de nos rois qui étaient faites pour avoir lieu à perpétuité, à la différence de leurs autres lettres, mandemens et ordres, qui n'avaient que des objets momentanés.

Joinville, en son *Histoire de S. Louis*, et Beaumanoir, en ses *Coutumes de Beauvoisis*, se servent toujours du terme d'*Etablissement* pour désigner les ordonnances.

Les Etablissemens faits par S. Louis, en 1270, ne sont pas la seule ni la première ordonnance qui ait été ainsi qualifiée.

On voit à la fin des lettres de Louis-le-Gros, en 1118, cette formule: *Ut autem hujus nostræ institutionis edictum perpetuæ firmitatis privilegio muniatur.....*

Dans celles de 1128 et de 1134: *Quod ne valeat oblivione deleri..... et ne possit à posteris infirmari.....*

Mais c'est sur-tout depuis l'an 1137 que le terme de *stabilité* et d'*Etablissement* a été employé dans les lettres et ordonnances.

Deux différentes lettres de Louis VI, de l'an 1137, sont terminées en cette forme: *Quod ut STABILITATIS obtineat munimentum, scripto commendari et sigilli nostri auctoritate et nominis nostri caractere corroborari præcipimus.*

Le testament de Philippe-Auguste, de l'an 1190, est ainsi terminé: *Quod ut firmum et STABILE permaneat.*

L'ordonnance du même prince, du 1er mai 1209, touchant les fiefs, est intitulée *Etablissement* ou *Ordonnance. V.* l'article suivant (M. Bouchel d'Argis, père.) *

[[*V. Bar*, tome 1, pages 599 et 600.]]

* ETABLISSEMENS de S. Louis. C'est le nom qu'on donne à une ordonnance faite par ce prince, et qui est divisée en deux livres, dont le premier contient cent soixante-huit chapitres, et le second quarante-deux.

Digitized by Google

faut pas changer lorsque les inconvéniens égalent les avantages, encore moins le faut-il faire lorsque les inconvéniens sont immenses. Or, si l'on fait attention à l'état où était pour lors le royaume, où chacun s'enivrait de l'idée de sa souveraineté et de sa puissance, on voit bien qu'entreprendre de changer par-tout les lois et les usages, c'était une chose qui ne pouvait venir dans l'esprit de ceux qui gouvernaient.

Ce qui vient d'être dit prouve encore que ce code des Etablissemens ne fut pas confirmé en parlement par les barons et gens de loi du royaume, comme il est dit dans un manuscrit de l'hôtel de ville d'Amiens, cité par Ducange. On voit dans les autres manuscrits, que ce code fut donné par S. Louis, en l'année 1270, avant qu'il partit pour Tunis : ce fait n'est pas plus vrai; car S. Louis est parti en 1269, comme le remarque Ducange; d'où il conclut que ce code aurait été publié en son absence. Et comment S. Louis aurait-il pris le temps de son absence pour faire une chose qui aurait été une semence de trouble, et qui eût pu produire, non pas des changemens, mais des révolutions? Une pareille entreprise avait besoin, plus qu'une autre, d'être suivie de près, et n'était point l'ouvrage d'une régence faible, et même composée de seigneurs qui avaient intérêt que la chose ne réussît pas : ces seigneurs étaient Matthieu, abbé de Saint-Denis; Simon de Clermont, comte de Nesle; et, en cas de mort, Philippe, évêque d'Evreux, et Jean, comte de Ponthieu.

il fit plusieurs règlemens pour les tribunaux de ses domaines, et pour ceux de ses barons; et il eut un tel succès, que Beaumanoir, qui écrivait très peu de temps après la mort de ce prince, dit que la manière de juger établie par S. Louis, était pratiquée dans un grand nombre de cours des seigneurs.

Ainsi ce prince remplit son objet, quoique ses règlemens pour les tribunaux des seigneurs n'eussent pas été faits pour être une loi générale du royaume, mais comme un exemple que chacun pourrait suivre, et que chacun même aurait intérêt de suivre. Il ôta le mal en faisant sentir le bien. Quand on vit dans ses tribunaux, quand on vit dans ceux des seigneurs, une manière de procéder plus naturelle, plus raisonnable, plus conforme à la morale, à la religion, à la tranquillité publique, à la sûreté des personnes et des biens, on la prit et on abandonna l'autre.

S. Louis, pour dégoûter de la jurisprudence française, fit traduire les livres du droit romain, afin qu'ils fussent connus des hommes de loi de ces temps-là. Desfontaines, qui est le premier auteur de pratique que nous ayons, fit un grand usage de ces lois romaines : son ouvrage est en quelque façon un résultat de l'ancienne jurisprudence française, des lois ou Etablissemens de S. Louis, et de la loi romaine; Beaumanoir fit peu d'usage de la loi romaine, mais il concilia l'ancienne jurisprudence avec les règlemens de S. Louis.

C'est dans l'esprit de ces deux ouvrages, sur-tout

Il est clair que celui qui fit cet ouvrage, compila les coutumes du pays avec les lois et les Etablissemens de saint Louis. Cet ouvrage est très précieux, parcequ'il contient les anciennes coutumes d'Anjou et les Etablissemens de saint Louis, tels qu'ils étaient alors pratiqués, et enfin ce qu'on y pratiquait de l'ancienne jurisprudence française.

V. le *Recueil des ordonnances des rois de la troisième race;* l'*Esprit des lois;* les notes de Ducange et de Laurière sur les Etablissemens de saint Louis, etc. (M. GUYOT.) *

*ETAL. On appelle ainsi à Paris le lieu où l'on vend de la viande de boucherie.

Des réglemens de police ont déterminé la quantité des Etaux de boucherie qu'il doit y avoir à Paris, et les endroits où ils peuvent être établis.

Quoiqu'en général, on soit libre de louer son bien à qui l'on juge à propos, cette règle souffre exception à l'égard des Etaux des bouchers de Paris. Un propriétaire ne peut pas, même après le bail expiré, expulser le boucher qui a joui à titre de locataire, lorsqu'il paye exactement les loyers; et cependant le boucher a la liberté d'abandonner l'Etal, lorsque son bail est fini. Ainsi, le propriétaire se trouve forcé de laisser jouir par reconduction tacite le boucher locataire, et le droit de celui-ci passe à sa veuve et à ses héritiers. C'est ce qui résulte d'une ordonnance de Charles IX, du 25 mars 1567, d'une autre ordonnance de Henri III, du mois de novembre 1577, et d'une déclaration donnée par le feu roi, le 13 mars 1719. (M. GUYOT.)*

[[Ces lois sont abrogées. *V.* la loi du 30 ventose au 12, art. 7; et *Boucher*.]]

ETALAGE. Exposition des marchandises qu'on veut vendre.

[[Ceux qui, sans la permission de la police locale, exposent des marchandises sur la voie publique, doivent être poursuivis devant le tribunal de police, et condamnés ou à une amende qui ne peut pas excéder la valeur de trois journées de travail, ou à un emprisonnement qui ne peut pas durer plus de trois jours. *V.* le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, art. 605, n. 2.]]

*ETALER. (*Droit d'*) C'est le droit d'exposer des marchandises en vente.

Le droit d'Etaler dans les places publiques des villes, appartient-il au roi ou aux seigneurs particuliers de ces mêmes villes? On a souvent agité cette question: les fermiers du domaine soutiennent que le droit d'étal dans toutes les places publiques, appartient au roi, par la raison que ces places elles-mêmes ne peuvent appartenir qu'à lui. Voici leur système.

Toutes les choses publiques sont dans le domaine du souverain, parcequ'il faut que ce qui est public et n'appartient à personne, soit entre les mains de celui qui a la puissance publique.

La mer, continuent-ils, les rivières navigables, les grands chemins, les murs, les rues, remparts, fossés et contrescarpes des villes, comme étant des choses publiques, ne peuvent être sujets à aucune propriété, chacun en ayant seulement l'usage sous la souveraineté du prince; mais ils ne peuvent produire des fruits susceptibles de commerce. Tels sont la pêche des rivières, les fruits des îles et atterrissemens, et enfin les droits qui proviennent des saillies et des entreprises sur les rues et les chemins; ces fruits proveuaus de choses publiques, ne peuvent appartenir qu'à celui en qui réside la souveraineté. Ils sont conséquemment domaniaux, et ne peuvent appartenir à d'autres qu'au roi, si ce n'est par sa concession.

Dans ce système, ajoute-t-on, toutes les places publiques appartiennent à sa majesté seule, avec tous les fruits qui en peuvent provenir. Le droit d'etal est un de ces fruits, il appartient donc au roi.

On peut dire, à la vérité, que toutes les places publiques appartiennent au roi. Mais dans quel sens doit-on entendre cette proposition? Il faut distinguer, avec les plus savans auteurs et les écrivains les plus zélés pour le domaine, ce qui appartient au roi comme monarque et souverain dominateur du royaume, et ce qui est de son domaine propre, féodal, direct et utile.

Omnia sunt principis, dit Bacquet, dans ses *Instructions et Mémoires anciens*, chap. 1, n. 7 et 8; mais de quelle manière? *Quantùm ad superioritatem vel protectionem.*

Salvaing, *de l'Usage des fiefs*, chap. 53, p. 27, remarque que le roi a deux sortes de dominations dans ses états: l'une royale, l'autre féodale. La première incommunicable, la seconde à lui commune avec autant de seigneurs qu'il y en a dans le royaume.

Revenons à Bacquet. Il dit encore dans plusieurs endroits de ses traités, qu'il faut distinguer entre le droit de souveraineté qui appartient au roi sur tous les lieux publics de son royaume, et ses droits de domaine et de propriété.

Loysean, *des seigneuries*, chap. 2, distingue pareillement *la seigneurie publique*, c'est-à-dire, *l'autorité et direction par la voie de justice, qui appartient au prince souverain en souveraineté, et au seigneur haut-justicier en justice primitive;* et ce qu'il appelle *la seigneurie privée*, qui constitue ce qu'on nomme proprement le domaine du roi et des seigneurs.

Tous les auteurs s'accordent à soutenir que le roi, comme souverain chef de l'état et du public, a un droit universel et supérieur de police, de garde et d'administration sur toutes les parties du royaume. Les grands chemins, les places publiques et les rues des villes sont dans son domaine, c'est-à-dire, soumis à son souverain empire, parcequ'il lui appartient éminemment d'en régler la police, de les garder, d'en conserver l'usage à ses sujets, et d'en écarter tout abus.

Mais ce serait une grande erreur que de conclure de cette même supériorité, que le roi seul a le droit de tirer de tous les lieux publics les profits et revenus qu'ils peuvent produire; car, indépendam-

tous les fruits qui en peuvent provenir d'un d'etal est un de ces fruits, il appartient encore

On peut dire, à la verité, que toutes les publiques appartiennent au roi. Mais dans quel doit-on entendre cette proposition ? Il faut guer, avec les plus savans auteurs et les plus tels pour le domaine, ce qui appartient au roi comme monarque et souverain dans du royaume, et ce qui est de son domaine fondal, direct et utile.

Omnia sunt principis, dit Bacquet, dans ses *tructions et Memoires anciens*, chap. 1, n° mais de quelle maniere ? *Quantum ad summ tatem vel protectionem.*

Salvaing, *de l'Usage des fiefs*, chap. II, remarque que le roi a deux sortes de domaine dans ses etats. L'une royale, l'autre fonc: premiere incommunicable, la seconde unie mune avec autant de seigneurs qu'il y en le royaume.

Revenons à Bacquet. Il dit encore dans ses endroits de ses traités, qu'il faut distinguer le droit de souveraineté qui appartient au roi tous les lieux publics de son royaume, et le de domaine et de propriété.

Loyseau, *des seigneuries*, chap. 2, distingue re lieme et *la seigneurie publique*, c'est-à-dire *torité et direction par la voie de justice*, qui *partient au prince souverain en souveraine* au seigneur haut-justicier en justice privée, qu'il appelle la seigneurie privée, qui consiste

mois d'avril 1683, et dont voici les termes : « Confirmons en la proprieté, possession et jouissance des îles, îlots, atterrissemens, droits de pêche, péage, passage, bacs, bateaux, ponts, moulins et autres édifices, et droits sur les rivières navigables dans l'étendue du royaume, tous les proprietaires qui rapporteront des titres de propriété authentique, faits avec les rois nos prédécesseurs, avant l'année 1566; savoir, inféodations, contrats d'aliénation et d'engagemens, *aveux et dénombremens* qui auront été rendus ». — Rien n'est aûrement plus formel et plus préeis que les expressions de cette loi ; et si telle est sa decision par rapport aux îles et aux rivières navigables, comment les halles et les places, qui intéressant moins la puissance pnblique, se règleraient-elles par des principes plus rigoureux ?

Cette question a été jugée en très grande connaissance de cause en faveur de l'abbaye de Sainte-Geneviève. Voici l'espèce de cet arrêt, telle qu'elle est consignée dans les mémoires imprimés pour l'affaire.

L'abbaye de Sainte-Geneviève a eu, dès les temps les plus reculés, le droit de disposer de tout le terrain de la place Maubert, qui est dans sa censive ; et depuis que Louis XIV a réuni au châtelet les justices particulières de Paris, elle a conservé la faculté d'y accorder des places d'étaux à des bouchers, et différens espaces à des boulangers pour y débiter leurs pains. — Ce droit, dans lequel elle a été maintenue par un grand nombre d'arrêts du parlement et d'autres jugemens, lui donnait

qui subsistent encore, et qui sont le second, le troisième, le quatrième et le cinquième au descendant de la montagne, les chanoines réguliers firent assigner, le 13 juillet 1758, devant le juge de l'abbaye, les propriétaires de ces quatre étaux, dont ils ignoraient les noms, aux domiciles de leurs locataires, aux fins de se voir condamner, 1°. à exhiber les titres et contrats en vertu desquels ils possédaient, ainsi que ceux de leurs auteurs ; 2°. à payer les droits de lods et ventes, saisine, amendes et échanges, sinon la somme de trois mille livres pour les droits, tant anciens que nouveaux, avec intérêts, et vingt-neuf années échues au jour de saint Remi, en deniers ou quittances valables de trois livres un sou trois deniers de rente annuelle, foncière, seigneuriale et censière, pour chacun de ces quatre étaux ; 3°. à passer titre nouvel et déclaration à leur terrier, à peine de payer deux fois. — Aucun de ces propriétaires ne comparut, et en conséquence, le juge de l'abbaye rendit contre eux une sentence par défaut le 17 du même mois de juillet. — Mais les sieurs Magnian et Besnard firent signifier aux chanoines réguliars, les 17 et 27 juillet, des requêtes qu'ils avaient présentées à la prévôté de l'hôtel sous la qualité de marchands privilégiés, et par lesquelles ils demandaient que la contestation y fût évoquée. Ils le firent ordonner par une sentence du 18 août 1758, et une autre sentence du 21 février 1759 appointa les parties en droit sur le fond. — L'abbaye produisit les titres qui établissaient sa censive : cependant, par sentence definitive du 16 janvier 1762, les prieur et chanoines

Google

liber aux abbé et chanoines réguliers de Sainte-Geneviève les titres et contrats en vertu desquels ils possédaient chacun un etal à bouchers sur le terrain de la place Maubert étant dans l'étendue de la directe de l'abbaye, et à lui payer les lods et ventes qui pourraient être dus suivant lesdits contrats, avec les intérêts du jour de la demande.

La même difficulté s'est présentée en la chambre du domaine, entre le receveur du domaine poursuivant l'acquéreur de cinq étaux dans le marché de l'abbaye de Saint-Germain, à fin de paiement de lods et ventes. Celui-ci se défendait en disant qu'il avait payé les lods et ventes à M. le comte de Clermont, abbé de Saint-Germain. M. le comte de Clermont prenait son fait et cause. Aux termes des arrêts précédens, on reconnaissait le droit de directe de M. le comte de Clermont sur le sol; mais le receveur du domaine soutenait qu'à raison du droit incorporel d'Etaler, il avait droit de demander des lods et ventes. Il fut contredit par l'avocat du roi, qui, d'après les titres rapportés ci-dessus, observa que l'édit de 1674 avait séparé la justice de la seigneurie, et avait transporté au roi la justice, en laissant au seigneur la seigneurie, à raison de laquelle il avait droit de revendiquer ses droits dans le cas de vente de l'héritage; que le droit d'Etaler sans doute devait se reporter au roi comme ayant la justice, ou, si l'on veut, comme cas royal réservé au roi même dans les terres des seigneurs; que par cette raison, on avait justement soumis les détenteurs aux droits d'enregistrement et de confirmation; mais qu'il y avait loin de là aux droits de lods et ventes, toujours relatifs à la directe territoriale, et qui ne sont dus qu'autant qu'il y a vente d'un objet qui pouvait être regardé comme faisant partie de la tenure féodale, soit que l'objet fût corporel ou incorporel; que la permission nécessaire pour élever un étal, n'était point de cet ordre; qu'elle appartenait à la police, comme les lettres de regrat, les greffes, les offices domaniaux, à raison desquels les acquéreurs n'ont point de lods et ventes à payer.—Sur ces conclusions, le receveur du domaine fut débouté de sa demande, le 26 juillet 1761. (M. H...) *

[[Les droits d'étalage dont les seigneurs jouissaient avant les lois du 4 août 1789, ont été supprimés par ces lois. Ainsi l'a déclaré la loi du 15 mars 1790, tit. 2, art. 17.

Les communes jouissent aujourd'hui de ces droits dans les places et promenades publiques. *V. Bail*, §. 1.]]

* ÉTALON. Modèle, prototype de poids, de mesures, qui est réglé, autorisé et conservé par le magistrat, et sur lequel les mesures, les poids des marchands doivent être ajustés, rectifiés, égalés. *V. Poids et Mesures.*

Étalon se dit aussi d'un cheval entier dont on veut faire race, et qu'on emploie à couvrir des cavales. *V. Haras.* (M. Guyot.) *

ÉTALONS DE BLANCHES ÉPINES. La coutume de la châtellenie de Lille, titre *des Biens meubles et immeubles*, appelle ainsi les souches des haies d'épines qui servent de clôture aux jardins ou aux vergers. *V. Catteux.*

* ÉTANG. Amas d'eau soutenu par une chaussée, et dans lequel on nourrit du poisson.

I. Chacun peut, de son autorité privée, faire des Etangs sur ses héritages, pourvu qu'il n'entreprenne point sur le chemin public, ni sur les droits d'autrui. Telles sont les dispositions de l'art. 179 de la coutume d'Orléans; de l'art. 4 du chap. 16 de la coutume de Nivernais; de l'art. 2 du chap. 6 de celle de Montargis; de l'art. 3 du tit. 16 de celle de Berry; et elles doivent être suivies dans les coutumes qui n'ont point de disposition contraire.

Suivant les coutumes de Bauche, de Mézières, d'Egrand, de Vastan, de la Ferté-Imbault et de Meneton, le rotturier ne peut point faire d'Etang sans la permission du seigneur haut-justicier. — [[Mais les dispositions de ces coutumes ont été abrogées par celle des lois du 4 août 1789, qui supprime les justices seigneuriales.]]

Il fut jugé au parlement de Paris, le 27 novembre 1560, que celui qui voulait faire un Etang pouvait y comprendre le fonds d'autrui, moyennant récompense, et en se chargeant de la rente imposée sur le fonds au profit du seigneur direct.

[[On ne pourrait plus juger de même aujourd'hui: il n'y a qu'un motif de nécessité ou d'utilité publique légalement constatée, qui puisse actuellement forcer un propriétaire à aliéner sa propriété malgré lui. *Code Napoléon, art.* 545.

II. Non seulement on doit, en construisant un Etang, le faire de façon qu'il ne puisse nuire ni aux particuliers ni aux chemins, mais il faut encore l'entretenir constamment en cet état. Dès qu'il manque quelque chose à la chaussée ou à la bonde, le propriétaire doit s'empresser de le réparer; sinon il répondra de tous les dommages que pourra occasionner la chute des eaux. Ce n'est pas ici le cas de la force majeure; le dégât ne provient que de la négligence du propriétaire de l'Etang, et c'est sur lui qu'il doit retomber. (*Boutaric*, Traité des Droits seigneuriaux, page 570, édition de 1781.)

Par la même raison, le voisin qui s'apercevrait du mauvais état de l'Etang, pourrait sommer le propriétaire de le retablir; mais indépendamment de cette sommation, le voisin peut toujours poursuivre ses dommages-intérêts, dès qu'il est en état de prouver que le dégât a été occasionné par le mauvais état de l'Etang.

Il y a plus: la loi du 11 septembre 1792 porte que « lorsque des Etangs, d'après les avis et procès-verbaux des gens de l'art, pourront occasionner par la stagnation de leurs eaux, des maladies épidémiques ou épizootics, ou que par leur position, ils seront sujets à des inondations qui envahissent et ravagent les propriétés inférieures, les

de celui qui forme un étang, d'élever tout d'un coup sa chaussée à une hauteur qui puisse lui servir dans tous les cas et dans toutes les occasions.

III. Il arrive souvent (c'est encore une observation de Boutaric), que des Etangs sont si voisins les uns des autres, que l'eau de l'Etang inférieur touche la chaussée de l'Etang supérieur. Dans cette position, le propriétaire de l'Etang inférieur est tenu de donner à l'autre la vidange, en temps convenable, pour la pêche.

Quant à l'Etang inférieur, dont les eaux touchent la chaussée de l'Etang supérieur, Revel et Collet distinguent lequel des deux Etangs a été établi le premier. Si c'est l'inférieur, disent-ils, le propriétaire de l'Etang supérieur a eu tort de n'avoir pas pris de justes mesures, et d'avoir tenu sa chaussée si bas. Si, au contraire, l'Etang supérieur est le plus ancien, en ce cas l'Etang inférieur est tenu des dégradations que les eaux causent à l'Etang supérieur; c'est la faute du propriétaire s'il a mal choisi son emplacement, et s'il a construit son Etang dans un lieu où il pouvait continuellement nuire à ses voisins.

Lorsqu'il n'est pas possible de constater lequel des deux étangs a été construit avant l'autre, il semble qu'on ne peut rien faire de mieux, que de suivre la disposition de l'art. 175 de la coutume d'Orléans.

Aux termes de cette loi, quand l'Etang supérieur est si plein d'eau, qu'il ne peut se vider par l'obstacle qu'y apportent les eaux de l'inférieur, le maître de celui-ci est tenu, sur la sommation qui

peut cesser qu'autant que la bonde de l'inférieur sera levée, pour en faire écouler une quantité suffisante d'eau; ils trouvent une certaine quantité de poisson resté dans le volume d'eau qui n'avait pu s'écouler. — Sur cela, contestation en la maîtrise particulière des eaux et forêts de Nevers, où le comte de Fougières intervient. Sentence interlocutoire, qui ordonne un rapport d'experts, pour constater l'état et la situation des deux Etangs; reconnaître, s'il est possible, lequel des deux est le plus anciennement établi; de quelle cause naît le regonflement; s'il est tel que l'Etang supérieur ne puisse être pêché; et quels seraient les moyens praticables pour en faciliter la pêche totale. — Rapport d'experts, expériences faites: ils concluent que la pêche de l'Etang supérieur serait possible, si, au lieu de jeunes poissons, on n'y en jetait que de gros; mais que, pour les jeunes poissons, on ne pourrait en faire qu'une pêche imparfaite, même en employant un filet à petites mailles, ou mailles bâtardes; qu'il n'y a pas de moyen de pêcher le jeune poisson, à moins que les deux propriétaires ne s'accordent pour pêcher en même temps. Ils ne peuvent connaître la pré-antériorité d'un Etang sur l'autre, et remarquent seulement un fosse pratique dans l'Etang supérieur, qui vient passer sous son croc de bonde, et se prolonge à dix toises dans l'Etang inférieur, sa dimension et sa destination paroissant être de faciliter l'écoulement des eaux du supérieur. — Sentence définitive, le 4 septembre 1782, qui en expliquant avec détail ses motifs de décision, déboute le comte

by Google

tence du fossé fait à main d'homme, et dont l'objet, la destination et l'usage sont très bien expliqués par les experts. Or, quoique la coutume de Nivernais, qui régit les parties, rejette la servitude sans titre, tous les auteurs, et Coquille qui l'a commentée, reconnaissent néanmoins que les ouvrages de ce genre, sur les fonds qu'on prétend être asservis, caractérisent une servitude établie, et équivalent à un titre écrit. — 2°. Le comte de Fougères rapporte aujourd'hui des actes qui prouvent que son Etang a été construit près de deux siècles avant l'inférieur. Il est seigneur haut justicier de la Guerche; on connaît les prérogatives attachées à cette qualité, par rapport aux eaux qui coulent dans l'etendue de la seigneurie. L'Etang inférieur ne subsiste et ne s'alimente que des eaux qui forment l'Etang supérieur. A tous ces titres, il est évident que le seigneur a un droit de prééminence et de supériorité; qu'il n'a pas entendu se nuire à lui-même; et que, lorsqu'on est venu placer un Etang au-dessous du sien, la convention a été, entre les deux propriétaires, qu'ils ne pourraient se nuire l'un à l'autre, et que le supérieur serait librement pêché, en lui en donnant la facilité, par un écoulement suffisant des eaux de l'inférieur. — 3°. Quand même la contestation se présenterait dans les termes les plus simples, sans aucune circonstance particulière, et de particulier à particulier, il y a, en fait d'Etang, une règle générale qui suffit pour juger en faveur du comte de Fougères. Elle est écrite dans la coutume d'Orléans, coutume qui a été regardée comme si sage et si judicieuse sur ce point, qu'elle a été adoptée comme maxime de droit commun, fondée sur la justice et la raison, sur les convenances du voisinage, et la réciprocité de bons offices entre les propriétaires des héritages qui se joignent; maxime que tous les auteurs ou commentateurs appliquent même aux coutumes muettes. Fourré, sur la coutume de Blois, Guyot et plusieurs autres, disent qu'elle forme, en fait d'Etangs, une règle générale; que c'est un règlement politique et de nécessité sur ce sujet; et qu'il ne faut point appliquer à des héritages de ce genre, les maximes ordinaires en fait de servitude sur les autres biens.— La demande du comte de Fougières et ses conclusions sont exactement calquées sur la disposition de la coutume d'Orléans..... Ainsi, il n'est besoin d'aucun titre de servitude; il suffit qu'il y ait, non pas seulement impossibilité, mais même difficulté de pêcher l'Etang supérieur, pour qu'on puisse exercer sur l'inférieur cette faculté donnée par la coutume. On n'est pas non plus soumis à l'obligation de changer la destination de son Etang; de l'empoissonner d'une manière plutôt que d'une autre; de faire des travaux extraordinaires, ou d'employer des instrumens inusités, parcequ'un propriétaire ne doit pas être réduit à des dépenses qui absorberaient le produit de sa propriété, et doit jouir librement et comme il lui plait de son héritage, pourvu qu'il ne nuise pas à autrui. Or, il ne résulte pour le propriétaire de l'inférieur aucune sorte de préjudice, lorsque, dans la saison ordinaire de la pêche, il levera sa bonde, pour faire écouler un volume d'eau peu considérable, qui suffira pour mettre l'Etang supérieur en état d'être pêché. La bonde sera replacée avec la même facilité qu'on la lève, et on n'a pas à craindre qu'il s'en échappe un seul poisson ni un trop grand volume d'eau ».

» Ces raisons paraissaient décisives; néanmoins il est intervenu, le 31 mars 1784, un jugement des eaux et forêts au souverain, qui a confirmé la sentence de la maîtrise de Nevers, avec dépens.— Les juges se sont sans doute déterminés par les opérations et les expériences faites par les experts avant leur rapport. Ils ont vraisemblablement pensé, d'après ces expériences, que la difficulté de l'écoulement des eaux de l'Etang supérieur, provenait d'un vice de la construction; qu'il était trop creusé, on que le croc de sa bonde n'avait pas une ouverture assez considérable; d'où résultait la difficulté de vider ses eaux; que, pour être dans le cas de l'application de la règle générale, et pouvoir exercer cette espèce de servitude sur l'Etang inférieur, il fallait être véritablement dans l'impossibilité de pêcher, par la position même du local, et par le refluement des eaux de l'inférieur vers le supérieur ».

IV. Revel, à l'endroit déjà cité, observe que si l'eau d'un Etang regorge jusqu'à un chemin, et qu'il en soit inondé, le propriétaire de cet Etang peut être contraint d'y bâtir un pont pour la commodité du passage.

Lorsqu'un Etang est possédé par plusieurs, les réparations doivent être faites en commun; et si l'un des copropriétaires s'y refuse, il peut être forcé par les autres, parcequ'il n'est pas juste que sa négligence nuise à ceux-ci. C'est encore une observation de Revel.

V. L'art. 173 de la coutume d'Orléans, qui forme à cet égard un droit commun, ne permet de pêcher un Etang que par la bonde; la raison en est que l'évacuation des eaux par un autre endroit, causerait sur les héritages voisins les plus grands ravages.

L'art. 177 de la coutume d'Orléans prescrit encore une règle importante pour la pêche des Etangs: il porte que le propriétaire de l'Etang supérieur ne peut pas le faire pêcher dans le temps que l'inférieur met le sien en pêche.]]

VI. L'art. 18 du tit. 31 de l'ordonnance des eaux et forêts, du mois d'août 1669, fait défenses à tout particulier d'aller sur les mares, Etangs ou fossés, lorsqu'ils sont glacés, de faire des trous dans la glace, et d'y porter des flambeaux, brandons ou autres feux, à peine d'être punis comme pour crime de vol.

VII. Le propriétaire d'un Etang peut suivre son poisson qui a remonté par une crue ou débordement d'eau, jusque dans la fosse ou auge de l'Etang supérieur; et il peut faire vider cette fosse dans la huitaine, le propriétaire de l'Etang supérieur étant

Digitized by Google

communautés, à peine de 30 liv. d'amende et d'un mois de prison pour la première fois, et de 100 liv. d'amende, et d'être banni de la paroisse en cas de récidive. (M. Guyot.)*

[[Aujourd'hui, en cas de récidive, la peine ne serait plus que de 100 liv. d'amende, et l'on ne pourrait pas y joindre celle du bannissement. *V.* le dernier article du Code pénal du 25 septembre 1791, et l'art. 609 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4.

IX. Une loi du 14 frimaire an 2 avait ordonné le dessèchement et la mise en culture « de tous les Etangs et lacs qu'on est dans l'usage de mettre à sec pour les pêcher, et ceux dont les eaux sont rassemblées par des digues et chaussées ». Mais elle a été rapportée par une autre du 13 messidor an 3. *V. Empoissonnement, Pêche* et *Inondation.*]]

* ÉTAT. C'est la situation dans laquelle se trouve une chose, une affaire.

On dit qu'*un procès est en Etat*, pour dire que les deux parties ont fait les procédures et les productions nécessaires pour le faire juger; et qu'*un procès est mis hors d'Etat*, pour dire qu'on a fait quelque nouvelle procédure qui en recule le jugement.

Etat signifie aussi *mémoire, inventaire.* Ainsi, on appelle *Etat de compte*, un mémoire dans lequel on détaille la recette et la dépense du comptable, ses reprises, etc.

On appelle *bref Etat*, un compte par simple mémoire, à la différence d'un compte qui est rendu selon la forme prescrite par l'ordonnance.

« La nécessité, (disait M. Siméon, dans un rapport fait au nom du tribunat à la séance du corps législatif du 17 ventose an 11), la nécessité de conserver et de distinguer les familles, a dès longtemps introduit chez les peuples policés des registres publics, où sont consignés la naissance, le mariage et le décès des citoyens.

» On a écarté ainsi la difficulté et le danger des preuves testimoniales; on a donné un titre authentique à la possession, garanti les citoyens contre la perte, les omissions ou l'inexactitude des titres domestiques. La grande famille s'est constituée gardienne et dépositaire des premiers et des plus essentiels titres de l'homme : il ne naît point en effet pour lui seul ni pour sa famille, mais pour l'Etat. En constatant sa naissance, l'Etat pourvoit à la fois à l'intérêt public de la société et à l'intérêt privé de l'individu.

» Ces registres sont communs à toutes les familles, par quelque rang, quelques fonctions, quelques richesses qu'elles soient distinguées. Destinés à marquer les trois grandes époques de la vie, ils nous rappellent que nous naissons, que nous nous reproduisons, que nous mourons tous selon les mêmes lois; que la nature nous crée égaux, sans nous faire pourtant semblables, *pares magis quàm similes ;* que les dissemblances proviennent d'une organisation plus heureuse ou mieux cultivée, du droit de propriété, des institutions et des conventions sociales qui, si elles ne sont pas du droit naturel proprement dit, n'en sont ni moins respectables ni moins nécessaires ».

Digitized by Google

individus, se diviser en sectes, a dû établir pour tous les citoyens, des registres et des officiers dont ils pussent tous se servir sans répugnance. — Quand même tous les Français professeraient le même culte, il serait bon encore de marquer fortement que l'Etat civil et la croyance religieuse n'ont rien de commun; que la religion ne peut ôter ni donner l'Etat civil; que la même indépendance qu'elle réclame pour ses dogmes et pour les intérêts spirituels, appartient à la société pour maintenir et régler l'Etat civil et les intérêts temporels ».

De là, la loi du 20 septembre 1792, dont l'art 1er porte que « les municipalités recevront et conserveront à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, mariages et décès »; et qui fait, tit. 6, art. 5, « défenses à toutes autres personnes de s'immiscer de la tenue de ces registres et de la réception de ces actes ».

Cette institution est maintenue par le Code Napoléon, sauf qu'il ne détermine pas précisément par qui seront exercées les fonctions d'officiers de l'Etat civil, et que, par son silence, il les laisse entre les mains des maires, que la loi du 28 pluviose an 8 en avait expressément chargés en supprimant les corps municipaux.

Remarquez cependant, que ni la loi du 20 septembre 1792 ni le Code Napoléon ne défendent de célébrer par des cérémonies religieuses, les époques de la vie auxquelles se rapportent les actes de l'Etat civil. La première déclare même, en termes formels, qu'elle « n'entend ni innover ni nuire à la liberté qu'ont tous les citoyens de consacrer les naissances, mariages et décès, par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés et par l'intervention des ministres de ce culte ».

Mais on se tromperait étrangement si l'on croyait prouver l'Etat civil d'une personne, par les registres que les ministres du culte tiennent des cérémonies religieuses auxquelles a donné lieu, soit une naissance, soit un mariage, soit un décès. — La loi du 18 germinal an 10 porte que « ces registres n'étant et ne pouvant être relatifs qu'à l'administration des sacremens, ne pourront, dans aucun cas, suppléer les registres ordonnés par la loi pour constater l'Etat civil des Français ».

Il y a plus : par l'art. 20 de la loi du 7 vendémiaire an 4, « il est défendu à tous juges, administrateurs et fonctionnaires publics quelconques, d'avoir aucun égard aux attestations que des ministres des cultes ou des individus se disant tels, pourraient donner relativement à l'Etat civil des citoyens; la contravention (continue le même article) sera punie comme en l'art. 18, (c'est-à-dire, d'une amende qui ne pourra excéder 300 livres ni être moindre de 100 livres, et d'un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans ni être moindre de deux mois; et en cas de récidive, de dix années de gêne). Ceux qui les produiront devant les tribunaux ou devant les administrations, seront condamnés aux mêmes peines ». — L'art. 21 ajoute que « tout fonctionnaire public chargé de rédiger les actes de l'Etat civil des citoyens, qui fera mention dans lesdits actes des cérémonies religieuses, ou qui exigera la preuve qu'elles ont été observées, sera également condamné aux peines portées en l'art. 18 ».

§. II. *De la forme des actes et des registres de l'Etat civil.*

Il est inutile de rappeler les dispositions que renfermaient sur cette matière l'ordonnance de 1667, la déclaration du 3 avril 1736, et la loi du 20 septembre 1792. Tenons-nous-en au Code Napoléon; voici ce qu'il porte :

« *Art.* 34. Les actes de l'Etat civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y seront dénommés.

» 35. Les officiers de l'Etat civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparans.

» 36. Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique.

» 37. Les témoins produits aux actes de l'Etat civil, ne pourront être que du sexe masculin, âgés de vingt-un ans au moins, parens ou autres, et ils seront choisis par les personnes intéressées.

» 38. L'officier de l'Etat civil donnera lecture des actes aux parties comparantes ou à leurs fondés de procuration, et aux témoins. — Il y sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité.

» 39. Ces actes seront signés par l'officier de l'Etat civil, par les comparans et les témoins, ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparans et les témoins de signer.

» 40. Les actes de l'Etat civil seront inscrits dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles.

» 41. Les registres seront cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille, par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera.

» 42. Les actes seront transcrits sur les registres, de suite, sans aucun blanc. Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres.

» 43. Les registres seront clos et arrêtés par l'officier de l'Etat civil, à la fin de chaque année; et dans le mois, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance.

» 44. Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'Etat ci-

Digitized by Google

riages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins.

» 47. Tout acte de l'Etat civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.

» 48. Tout acte de l'Etat civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques, ou par les consuls.

» 49. Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'Etat civil, devra avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, elle sera faite, à la requête des parties intéressées, par l'officier de l'Etat civil, sur les registres courans ou sur ceux qui auront été déposés aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance, sur les registres déposés au greffe; à l'effet de quoi l'officier de l'Etat civil en donnera avis dans les trois jours au procureur impérial audit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres.

» 50. Toute contravention aux articles précédens de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de première instance, et punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.

» 51. Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations.

» 52. Toute altération, tout faux dans les actes

Le Code Napoléon trace là-dessus les règles suivantes:

« Art. 88. Les actes de l'Etat civil faits hors du territoire de l'empire, concernant des militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, seront rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes, sauf les exceptions contenues dans les articles suivans.

» 89. Le quartier-maître dans chaque corps d'un ou plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine commandant dans les autres corps, rempliront les fonctions d'officiers de l'Etat civil: les mêmes fonctions seront remplies, pour les officiers sans troupes, et pour les employés de l'armée, par l'inspecteur aux revues attaché à l'armée ou au corps d'armée.

» 90. Il sera tenu dans chaque corps de troupes, un registre pour les actes de l'Etat civil relatifs aux individus de ce corps, et un autre à l'état-major de l'armée ou d'un corps d'armée, pour les actes civils relatifs aux officiers sans troupes et aux employés: ces registres seront conservés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire de l'empire.

» 91. Les registres seront cotés et paraphés, dans chaque corps, par l'officier qui le commande, et à l'état-major par le chef de l'état-major général.

« 92. Les déclarations de naissance à l'armée seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement.

» 93. L'officier chargé de la tenue du registre de l'Etat civil, devra, dans les dix jours qui sui-

Digitized by Google

registre de l'acte de célébration de mariage, l'officier chargé de la tenue du registre, en enverra une expédition à l'officier de l'Etat civil du dernier domicile des époux.

» 96. Les actes de décès seront dressés, dans chaque corps, par le quartier-maître; et pour les officiers sans troupes et les employés, par l'inspecteur aux revues de l'armée, sur l'attestation de trois témoins; et l'extrait de ces registres sera envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'Etat civil du dernier domicile du décédé.

» 97. En cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulans ou sédentaires, l'acte en sera rédigé par le directeur desdits hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, ou à l'inspecteur aux revues de l'armée, ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie : ces officiers en feront parvenir une expédition à l'officier de l'Etat civil du dernier domicile du décédé.

» 98. L'officier de l'Etat civil du domicile des parties, auquel il aura été envoyé de l'armée expédition d'un acte de l'Etat civil, sera tenu de l'inscrire de suite sur les registres ».

§. IV. *De la rectification des actes de l'Etat civil.*

A toutes les époques de notre législation, il a été tenu pour maxime constante, que les officiers de l'Etat civil ne pouvaient, de leur propre autorité, en reparer les erreurs ni les omissions; qu'il ne leur était permis d'y toucher qu'en vertu de jugemens rendus par les tribunaux; et que ces jugemens ne pouvaient être provoqués que par les parties intéressées.

Il a cependant été dérogé à cette règle par la loi du 2 floréal an 3; mais cette dérogation était commandée par des circonstances extraordinaires; on va en juger par la teneur de la loi elle-même.

« Art. 1er. Les registres ou parties de registres de l'Etat civil, qui, depuis le 14 juillet 1789, auront été perdus ou détruits, seront remplacés, s'il en existe des doubles dans l'un des deux dépôts, par des copies que fera faire, dans le délai de deux mois, le directoire de département. Elles seront collationnées, et les pages en seront cotées et paraphées par deux de ses membres.

» 2. Dans le cas où les deux originaux auront été perdus ou détruits, il sera suppléé à leur défaut de la manière prescrite par les articles suivans.

» 3. Il sera fait trois listes, l'une des naissances, l'autre des mariages et divorces, et la troisième des décès.

» 4. Chacune de ces listes contiendra, dans l'ordre chronologique, avec autant d'exactitude qu'il sera possible, les dates des naissances, mariages, divorces et décès; les noms, surnoms, professions des individus, et de leur père et mère.

» 5. Les commissaires préposés à la confection de ces listes, n'y inscriront aucun article relatif à des personnes décédées depuis plus de trente ans, à moins qu'ils n'en soient expressément requis par des personnes intéressées; et alors l'inscription se fera dans la forme prescrite par l'art. 7.

» 6. Ces listes seront doubles : elles seront faites par trois commissaires choisis par le corps municipal dans ou hors son sein, pour chaque commune ou section de commune. Elles ne seront d'abord qu'indicatives et préparatoires, et n'obtiendront un caractère authentique qu'après l'accomplissement des formes ci-après.

» 7. Les commissaires composeront ces listes, soit d'après les renseignemens que leur fourniront les registres, papiers de famille ou autres documens, soit d'après les déclarations des ascendans, des époux ou des frères et sœurs, soit d'après celles des autres parens ou étrangers. — Lorsque les déclarations seront faites par autres que les ascendans, époux, et frères et sœurs, l'insertion dans la liste n'aura lieu que lorsque la déclaration sera confirmée par l'attestation de deux témoins dignes de foi, ou appuyée par quelque pièce non suspecte.

» 8. Un double de chaque liste sera déposé pendant deux mois au secrétariat de la commune ou de la section, et l'autre à celui de l'administration du district. — Le dépôt en sera annoncé par une proclamation affichée dans la commune ou section de commune et dans le chef-lieu de district. — Pendant ce délai, tous les citoyens seront admis à faire les réclamations et observations tendantes à la rectification desdites listes; elles seront faites par écrit et annexées à ces mêmes listes.

» 9. Après ce délai, un commissaire nommé par l'administration du district, pris dans son sein, se transportera dans la commune ou section. — Il convoquera une assemblée générale des habitans, un jour de décade. Il fera faire lecture des listes et des réclamations qui auront pu être faites sur chaque article; il provoquera les nouveaux éclaircissemens qui pourront être donnés, et en dressera procès-verbal.

» 10. En marge des articles qui n'auront souffert aucunes réclamations, le commissaire du district mettra cette formule, *arrêté*: il signera avec un officier municipal. L'article sera dès-lors authentique.

» 11. En marge des articles qui auront été contestés, le commissaire mettra cette autre formule, *il y a réclamation, n°. tant*; et signera avec l'officier municipal.

» 12. Un des doubles de ces listes restera au secrétariat de la municipalité : l'autre sera envoyé aux archives du département, pour être joint aux registres de l'Etat civil.

» 13. Les réclamations seront recueillies et numérotées par le secrétaire greffier de la commune : il en ouvrira, dans la décade suivante, des extraits en forme, ainsi que des parties des listes qui en sont l'objet, au greffe du tribunal de district. — Ce tribunal prononcera sur lesdites réclamations à la diligence du commissaire national, après l'avoir

Digitized by Google

Digitized by Google

il y a eu à cet égard deux systèmes. — Dans le projet du Code, on avait décidé que les ratures et renvois non approuvés ne viciaient point le surplus de l'acte, et qu'on aurait tel égard que de raison aux abréviations et dates mises en chiffres. S'il y avait des nullités, le commissaire près le tribunal devait requérir que les parties et les témoins qui avaient souscrit les actes nuls, fussent tenus de comparaître devant l'officier de l'Etat civil, pour rédiger un nouvel acte, ce qui devait être ordonné par le tribunal. En cas de mort ou d'empêchement des témoins, ils étaient remplacés par d'autres témoins. — La rectification pouvait aussi être ordonnée par les tribunaux, sur la demande des parties intéressées : le jugement ne pouvait jamais être opposé à celles qui n'avaient point requis la rectification, ou qui n'y avaient point été appelées. — Les jugemens de rectification rendus en dernier ressort, ou passés en force de chose jugée, devaient être inscrits sur les registres, en marge de l'acte réformé. — Ainsi l'on distinguait à cet égard deux juridictions; l'une que nous appellerons *gracieuse*, lorsque le tribunal ordonnait d'office la rectification; l'autre *contentieuse*, lorsque la rectification était ordonnée sur la demande des parties; parties, et contradictoirement avec tous les intéressés. La rectification ne peut jamais être opposée à ceux qui y ont été étrangers. Lorsque le jugement qui l'ordonne est rendu en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, il doit être inscrit sur les registres, en marge de l'acte réformé ».

Le 17 du même mois, M. Siméon disait dans un rapport au tribunat : — « Cette rectification que des erreurs, des négligences, quelquefois même des délits peuvent rendre nécessaire, ne dépendra jamais de ceux qui dressent les actes, ni de ceux qui les conservent. Ce qui est écrit est écrit. Il ne leur est pas permis de toucher au dépôt qui leur est confié. Les tribunaux seuls, en grande connaissance de cause, *à la réquisition des parties*, après avoir appelé tous ceux qui y ont intérêt, et entendu le commissaire du gouvernement pour l'intérêt public, peuvent ordonner la rectification ».

Enfin, le 20 du même mois, M. Chabot, dans le discours qu'il a prononcé au nom du tribunat, devant le corps législatif, a tenu le même langage : — « Le chapitre relatif à la rectification des actes de l'Etat civil (ce sont ses termes), complète le projet de loi. — Il consacre en principe que la rectification d'un acte de l'Etat civil ne peut avoir lieu que

Digitized by Google

« NAPOLÉON, Empereur des Français, Roi d'Italie, sur le rapport de notre ministre de l'intérieur : — Vu les lois des 20 septembre et 19 décembre 1792, et celle du 3 ventose an 3, en ce qui concerne le prix des actes et extraits des actes de l'Etat civil; jugeant à propos que ces taxes soient constamment sous les yeux des administres; — Notre conseil d'Etat entendu, nous avons decrété et decretons ce qui suit :

» *Art.* 1. Conformément aux lois précitées, il continuera à être perçu par les officiers publics de l'Etat civil, — Pour chaque expédition d'un acte de naissance, de décès, et de publication de mariage, 30 centimes; plus, pour le remboursement du droit de timbre, et le dixième en sus pour la taxe de guerre, 83 centimes. — Pour celles des actes de mariage, d'adoption et de divorce, 60 centimes; plus, pour le droit de timbre et la taxe de guerre, 83 centimes.

» 2. Dans les villes de cinquante mille ames et au-dessus, pour chaque expédition d'acte de naissance, de decès et de publication de mariage, 50 centim.; plus, pour le droit de timbre et la taxe de guerre, 83 centim. — Pour celles des actes de mariage, d'adoption et de divorce, 1 franc; plus, pour le droit de timbre et la taxe de guerre, 83 centimes.

» 3. A Paris, pour chaque expédition d'acte de naissance, de decès et de publication de mariage, 75 centim.; plus, pour le droit de timbre et la taxe de guerre, 83 centim.; —Pour celles des actes de mariage, de divorce et d'adoption, 1 fr. 50 cent.; plus, pour le droit de timbre et la taxe de guerre, 83 centim.

» 4. Il est défendu d'exiger d'autres taxes et droits, à peine de concussion. — Il n'est rien dû pour la confection desdits actes et leur inscription dans les registres.

» 5. Le present décret sera constamment affiché en placard et en gros caractères, dans chacun des bureaux ou lieux où les déclarations relatives à l'Etat civil sont reçues, et dans tous les dépôts des registres ».]]

[[ETAT DE PAIX, DE GUERRE, DE SIÈGE. Expressions que le tit. 1 de la loi du 8 juillet 1791 emploie et definit en ces termes :

« *Art.* 5. Les places de guerre et postes militaires seront considerés sous trois rapports : savoir, dans l'*Etat de paix*, dans l'*Etat de guerre*, et dans l'*Etat de siége*.

» 6. Dans les places de guerre et postes militaires, lorsque ces places et postes seront *en Etat de paix*, la police intérieure et tous autres actes du pouvoir civil n'émaneront que des magistrats et autres officiers civils, préposés par la Constitution pour veiller au maintien des lois; l'autorité des agens militaires ne pouvant s'étendre que sur les troupes et sur les autres objets dependans de leur service, qui seront désignés dans la suite du present décret.

» 7. Dans les places de guerre et postes militaires, lorsque ces places et postes seront *en Etat de guerre*, les officiers civils ne cesseront pas d'être charges de l'ordre et de la police intérieure; mais ils pourront être requis par le commandant militaire, de se prêter aux mesures d'ordre et de police qui interesseront la sûreté de la place; en conséquence, pour assurer la responsabilité respective des officiers civils et des agens militaires, les déliberations du conseil de guerre, en vertu desquelles les requisitions du commandant militaire auront été faites, seront transmises et resteront à la municipalité.

» 8. *L'Etat de guerre* sera déterminé par un décret du corps legislatif, rendu sur la proposition du roi, sanctionné et proclamé par lui.

» 9. Et dans le cas où le corps legislatif ne serait point assemblé, le roi pourra, de sa seule autorité, proclamer que tels places ou postes sont en *Etat de guerre*, sous la responsabilité personnelle des ministres; mais lors de la réunion du corps legislatif, il délibérera sur la proclamation du roi, à l'effet de la valider ou de l'infirmer par un décret.

» 10. Dans les places de guerre et postes militaires, lorsque ces places et postes seront *en Etat de siége*, toute l'autorité dont les officiers civils seront revêtus par la Constitution pour le maintien de l'ordre et de la police intérieure, passera au commandant militaire, qui l'exercera exclusivement sous sa responsabilité personnelle.

» 11. Les places de guerre et postes militaires seront *en Etat de siége*, non seulement dès l'instant que les attaques seront commencées, mais même aussitôt que, par l'effet de leur investissement par des troupes ennemies, les communications du dehors au dedans et du dedans au dehors, seront interceptées à la distance de dix-huit cents toises des crêtes des chemins couverts.

» 12. *L'Etat de siége* ne cessera que lorsque l'investissement sera rompu; et, dans le cas où les attaques auraient été commencées, qu'après que les travaux des assiégeans auront été detruits, et que les brèches auront été réparées ou mises en état de défenses ».

De toutes ces dispositions, il n'y a que celles des art. 8 et 9 qui ne subsistent plus.

La Constitution du 5 fructidor an 3 n'ayant point déterminé expressément les cas ni les formes dans lesquelles les villes de l'intérieur pourraient être déclarées en Etat de guerre et en Etat de siège, la loi du 10 fructidor an 5 y pourvut par les deux articles suivans :

« 1. Le directoire exécutif ne pourra déclarer en Etat de guerre les communes de l'intérieur de la republique, qu'après y avoir été autorisé par une loi du corps legislatif.

» 2. Les communes de l'intérieur seront en Etat de siége aussitôt que, par l'effet de leur investissement par des troupes ennemies ou par des rebelles, les communications du dedans au dehors et du dehors au dedans, seront interceptées à la distance de trois mille cinq cents deux mètres (dix-huit cents

Digitized by Google

toujours consulter avant les lois romaines, attribuent à la prêtrise la vertu de rompre les liens de la puissance paternelle : c'est ce qu'attestent Gudelin et les deux Voët, et c'est ce que décident formellement les coutumes des ville et châtellenie de Lille, des ville et gouvernance de Douai, de Gand, d'Audenarde, d'Alost, de Teremonde, d'Assenède, de Bonchaute, de Rousselaer, d'Ecloo, etc.

Ce que nous disons de la prêtrise, on doit également le dire d'un office de judicature ; et ce point est d'autant moins douteux, que les simples charges municipales émancipent dans tous les Pays-Bas : témoins Voët en son commentaire sur le Digeste, liv. 1, tit. 7 ; et Mathieu, en son Traité *de auctionibus*, liv 2, chap. 5.

[[Tout cela est aujourd'hui sans objet. *V. Emancipation* et *Puissance paternelle.*]]

II. Considérons maintenant l'Etat honorable sous le second point de vue annoncé au commencement de cet article.

Il arrive souvent qu'un testateur, en laissant un legs à quelqu'un, y met la condition que le légataire n'en aura la délivrance qu'après qu'il aura pris un Etat honorable, ou que s'il meurt avant d'avoir pris un Etat honorable, il sera obligé de le restituer à telle personne.

Deghewiet remarque en ses *Institutions au droit belgique*, que, suivant une opinion généralement reçue dans les Pays-Bas, il ne faut pas un état aussi relevé pour recueillir un legs, que pour faire cesser la puissance paternelle. Cette différence est très juste : la condition d'une personne qui veut recueillir l'effet des libéralités d'un défunt, est sans contredit plus favorable que celle d'un enfant qui veut secouer le joug de l'autorité paternelle.

Mais ce qu'ajoute le même auteur immédiatement après, n'est pas aussi exact. Le parlement de Flandre, dit-il, a tenu en 1691 que pour recueillir un legs à titre d'Etat honorable, un enseigne d'infanterie est suffisant, et il cite les arrêts manuscrits de M. de Baralle. Ces arrêts ont été imprimés il y a quelques années, et voici tout ce qu'on y trouve sur cette matière, page 261 : « un enseigne dans le service n'est pas un Etat honorable ». Ce n'est pas la seule inexactitude que l'on rencontre dans Deghewiet.

On a demandé si l'Etat de béguines, espèce de religieuses, ou plutôt de filles dévotes tolérées dans les Pays-Bas, doit passer pour un Etat honorable. Bertrand Loth, en ses *Résolutions théologo-belgiques*, tient formellement *quòd beguinæ non sint in statu*, ce qui paraît trancher la question. Néanmoins, dit encore Deghewiet, le parlement de Flandre a décidé par arrêt du 3 mars 1692, que dans le cas où il s'agit de recueillir un legs, l'Etat de béguine doit passer pour honorable. Mais est-il donc vrai que ce soit là ce que cet arrêt a jugé ? On peut, sans contredit, en douter, lo squ'on voit dans le recueil de M. le president d'Hermaville, un arrêt du 4 mars 1692, qui a décidé positivement tout le contraire. Il n'est pas probable qu'une cour souveraine ait rendu d'un jour à l'autre deux arrêts dont la contrariété soit aussi frappante : ce qu'il y a de plus vraisemblable, est que l'un de ces auteurs s'est trompé; et certainement le magistrat qui a présidé au jugement, mérite plus de confiance que le praticien qui en a parlé par ouï-dire. Voyons donc l'espèce de l'arrêt du 4 mars 1692, telle que la rapporte M. d'Hermaville.

Une femme avait légué quelques biens à sa nièce, sous la condition de ne pouvoir les aliéner ni en disposer avant qu'elle fût mariée, ou pourvue d'un Etat honorable. La nièce avait pris le voile de beguine, et elle l'avait conservé jusqu'à sa mort, arrivée avant l'époque de sa majorité. Ses héritiers ont attaqué la disposition qu'elle avait cru pouvoir faire des biens que sa tante lui avait legués ; l'arrêt cité l'a déclarée nulle, au rapport de M. de Flines : et par-là, dit l'arrêtiste, on a jugé que l'Etat de beguine n'était pas un Etat honorable dans l'intention de la testatrice. En effet, continue-t-il, toutes les femmes sont comprises sous deux Etats ; le premier est un engagement, soit dans le mariage, soit dans la profession religieuse : cet Etat est constamment regardé comme honorable, dans le sens des coutumes et des testateurs. Le second est une condition libre, dans laquelle une fille est constituée par sa majorité, soit qu'elle attende une occasion pour se marier, soit qu'elle se dévoue à un célibat volontaire : dans cette position, elle est libre de prendre un Etat honorable, mais on ne peut pas dire qu'elle l'ait pris. On s'est néanmoins relâché sur ce point de la rigueur des principes, et l'on a tenu qu'il suffisait, pour remplir la condition d'Etat honorable, apposée à un legs ou à une institution, d'avoir atteint l'âge de majorité, et de déclarer alors que l'on veut vivre en célibat ; mais on ne pouvait appliquer cette jurisprudence à l'espèce de l'arrêt du 4 mars 1692, parceque la légataire était morte en minorité : sa qualité de béguine était la seule que l'on pût présenter en elle comme un Etat honorable ; mais la liberté que conservent ces sortes de personnes, formait un obstacle insurmontable à ce qu'on la regardât comme vraiment telle : une beguine mineure ne diffère en rien d'une fille mineure qui vit dans le monde en célibat ; le voile qu'elle porte, ne la rend pas religieuse ; les vœux solennels pourraient seuls produire cet effet ; et comme elle n'en fait pas, on ne peut la considérer, relativement à ses intérêts civils, que comme une personne séculière.

On vient de dire que la majorité suffit seule pour remplir la condition d'Etat honorable apposée à un testament. C'est en effet ce qui a été jugé par arrêt rendu au parlement de Flandre le 17 mars 1692, sur les conclusions de M. le procureur général de Baralle : c'est le 92e. du recueil de ce magistrat. Les parties étaient la veuve Pierrot, Pierre Poulain et Claude Roussel.

Digitized by Google

Digitized by Google

Lorsqu'on remet les Etiquets au commissaire-enquêteur, celui-ci doit les parapher et les signer.

Mais doit-il, avant de procéder à l'enquête, en faire donner communication à l'adversaire de celui qui les a produits? Il faut distinguer si ce dernier a fourni ou non un *intendit*, c'est-à-dire, un mémoire général de tous les faits sur lesquels il veut que ses témoins soient interrogés. S'il l'a fourni avec une déclaration expresse qu'il ne fera point entendre ses témoins au-delà de ce que contient cet écrit, il n'est point obligé de communiquer ses Etiquets; mais dans tout autre cas, il peut y être forcé, et cette communication est même regardée comme un préliminaire essentiel à l'audition des témoins. Ces deux points sont ainsi réglés par un arrêté du parlement de Flandre, du 28 juillet 1694.

Ce serait une question intéressante de savoir si, dans une enquête faite par un commissaire du parlement de Flandre sous le ressort du parlement de Paris, il faudrait employer des Etiquets conformément au style du parlement de Flandre, ou si les témoins devraient être entendus suivant les formes prescrites par l'ordonnance de 1667.

Il faut distinguer le cas où le commissaire serait membre du parlement au nom duquel il ferait l'enquête, d'avec celui où ce commissaire serait un juge ou autre officier du lieu, délégué pour entendre les témoins.

Dans le premier cas, les Etiquets seraient nécessaires, parceque l'enquête ne pourrait être revêtue d'une autre forme que de celle qui est prescrite par les règles particulières au tribunal qui l'aurait ordonnée. C'est ce que porte, en termes exprès, le chap. 27 de la première partie de l'ancien style du parlement de Paris. *Commissarii dati per curiam ad inquirendum vel referendum curiæ, per omnia inquirendo et in officio inquisitionis, sequentur et sequi debent stylum curiæ parlamenti à qua missi sunt, et non loci illius in quo inquirunt.*

Dans le second cas, il semble qu'on doive laisser au commissaire la liberté d'opter entre la forme du tribunal dont il est délégué, et celle du lieu où il instrumente.

D'abord, il est constant qu'il peut se conformer au style du juge qui l'a délégué; on peut même dire qu'à la rigueur il ne pourrait absolument pas s'en écarter. Suivant le droit des gens, un juge qui a besoin d'éclaircissement sur un fait qui s'est passé hors de son territoire, a droit de déléguer pour faire cette instruction. Dès que ce juge délégue, il se forme un mandat entre lui et son délégué; il est de la nature du mandat d'être exécuté suivant l'intention du mandant: celui qui doit juger doit régler la forme de procéder, et le mandataire doit nécessairement la suivre de point en point. Or, il est naturel que le juge déléguant désire que l'instruction qui se fait pour lui, soit revêtue de la forme qu'il connaît, qui lui est propre, qui s'amalgame avec les principes et les lois qui le gouvernent: s'il s'agit, par exemple, d'un fait continu qui s'est passé en différens pays, dans chacun desquels il faut déléguer des commissaires, instruira-t-on une instance de cinq à six manières différentes? Cela serait aussi ridicule qu'embarrassant pour le juge qui doit prononcer sur le fond d'après les diverses instructions qu'il faut faire.—On opposera sans doute la règle *locus regit actum;* mais cette règle admet plusieurs exceptions, et le cas dont nous parlons doit nécessairement en former une, puisqu'aux termes de la loi première, D. *de officio ejus cui mandata est jurisdictio*, le délégué n'a rien qui lui soit propre, et n'exerce que la juridiction de celui dont il tient sa commission. — Ainsi, ou le répète, non seulement un commissaire étranger peut procéder à une enquête dans la forme du tribunal qui l'a délégué, mais même, à parler suivant la rigueur des principes, il ne pourrait pas en adopter une autre. C'est ce qui a été jugé par deux arrêts du parlement de Paris des 14 mai 1532 et 7 mai 1550, rapportés par Papon, titre *des Reproches de témoins*, art. 7 et 20. On en trouve un semblable du parlement de Toulouse dans M. Maynard, liv. 4, chap. 94.

Mais, comme l'observe fort judicieusement M. Bouhier, on a été trop pointilleux dans ces décisions: les commissaires étrangers ne pouvaient guère suivre un style qu'ils devaient ignorer, et qui dans le fond est assez arbitraire.

[[Cette question peut encore se présenter dans le cas où un commissaire français ferait une enquête en pays étranger. — Mais du reste, la forme de procéder aux enquêtes étant aujourd'hui la même dans toute la France, les Etiquets y sont absolument hors d'usage. *V. Enquête.*]]

ETOFFE. V. *Manufacture* et *Marchandises anglaises.*

* ETRANGER. On appelle ainsi celui qui n'est pas né Français, et n'en a pas acquis le titre depuis sa naissance, ou qui étant né tel, a cessé de l'être; et cela, soit qu'il réside continuellement en France, ou qu'il n'y soit que simple voyageur.

§. I. *Notions générales sur la qualité et la condition d'Etranger.*

I. Un enfant né dans un pays Etranger d'un père français qui n'a pas abdiqué sa patrie, n'est point réputé Etranger parmi nous; et il en est de même, à plus forte raison, de l'enfant qui naît en pleine mer de parens français; d'où il suit, que pour être Etranger, il faut tout à la fois être né en pays Etranger et de parens Etrangers.

[[Mais que doit-on décider à l'égard, 1°. de l'enfant né en pays Etranger, d'un Français qui aurait perdu sa qualité de Français; 2°. de l'enfant né en France d'un Etranger; 3°. d'une Etrangère qui épouse un Français; 4°. d'une Française qui épouse un Etranger? *V. Français.*]]

Nous regardons comme pays Etrangers tous ceux qui ne sont pas sous la dénomination française, quand même ils y auraient été autrefois. Ceux qui naissent dans ces pays, sont Etrangers.

Digitized by Google

Digitized by Google

d'une condamnation inévitable, se jouer de la confiance d'un créancier dont il plongerait la famille dans le deuil et dans la misère. — Il a donc fallu, dans certains cas, permettre l'arrestation provisoire du débiteur Etranger.

» Ici nous ne dissimulons pas que la mesure ne serait pas toujours sans inconvéniens, si elle n'était pas accompagnée de toutes les précautions qui peuvent prévenir les abus, et si on n'avait pas marqué, dans son exécution, tous les adoucissemens compatibles avec l'intérêt du créancier.

» D'abord, ce n'est jamais que pour une dette actuellement échue ou exigible, c'est-à-dire pour une dette qui déjà devrait être acquittée, que le créancier sera reçu à réclamer l'arrestation provisoire. Il ne devrait pas être écouté s'il avait accordé des termes qui ne seraient pas échus; il a dû savoir, en accordant ces termes, qu'il suivait la foi de son débiteur, et qu'il ne pouvait rien exiger de lui avant leur échéance.

» C'est au président du tribunal de première instance que le créancier doit exposer sa situation; et le magistrat ne doit accueillir la demande qu'autant qu'il trouve, dans la position respective des parties, des motifs réels et suffisans d'inquiétude pour le créancier.

» Même, dans ce cas, l'Etranger peut échapper à l'arrestation, s'il fournit une caution, s'il est possesseur d'immeubles en France, ou s'il a un établissement de commerce. Il n'est pas nécessaire sans doute d'observer que cet établissement, cet immeuble, cette caution, doivent être reconnus suffisans pour assurer le paiement de la dette: il est trop évident que, s'il n'en était pas ainsi, la mesure proposée d'une arrestation serait toujours illusoire. — Le magistrat écoute les parties, et prononce dans sa sagesse suivant les circonstances.

» Quelques personnes auraient désiré l'intervention du ministère public pour donner ses conclusions; cette proposition qui presente, au premier coup d'œil, quelque chose de specieux, a été discutée et a paru inadmissible. — Il ne faut pas faire intervenir tout l'appareil judiciaire dans une mesure qui, en quelque manière, est purement de police; un instant perdu, ou le moindre éveil donné au débiteur, en détruirait tout l'effet; l'ordre de s'assurer de sa personne ne peut être donné ni trop promptement, ni avec trop de secret ».

VI. Dans certains actes, tels que les testamens, les Etrangers ne peuvent pas servir de témoins, si ce n'est toutefois pour les testamens militaires faits en pays Etrangers. *V. Testament.*

[[Aujourd'hui dans toute espèce d'actes, les notaires ne peuvent prendre pour témoins que des citoyens français. C'est la disposition expresse de la loi du 25 ventose an 11, art. 9.]]

Les Etrangers jouissant en France de tout ce qui est du droit des gens, il faut en conclure qu'ils peuvent y faire toutes sortes d'actes entre-vifs, attendu que ces actes sont du droit des gens; mais il en est autrement des actes à cause de mort: ceux-ci, qui sont du droit civil, leur sont interdits à l'égard des biens qu'ils ont en France. Ainsi, quoiqu'un Etranger puisse, par des actes entre-vifs, disposer à titre onéreux ou gratuit des biens qu'il a en France, il n'a pas la faculté d'en disposer par testament ni par aucun acte à cause de mort. Les Etrangers ne peuvent pareillement rien recevoir par testament ni par d'autres actes à cause de mort; mais ils peuvent accepter des donations entre-vifs. (M. Guyot.)

[[Aujourd'hui, soit par testament, soit par donation entre-vifs, « on ne peut disposer au profit d'un Etranger, que dans le cas où cet Etranger pourrait disposer au profit d'un Français ». Ainsi l'a réglé le Code Napoléon, art. 912.

En général, suivant l'art. 11 du même Code, « l'Etranger jouit en France des mêmes droits civils que ceux qui sont accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet Etranger appartient ». *V. Testament.*

A l'égard des successions, *V. Aubaine, Héritier*, sect. 6, §. 3, et *Succession.*

VII. On trouvera aux mots *Ajournement, Caution Judicatum solvi, Cession de biens, Interprète, Jugement, Mariage, Périgrinité, Prescription* et *Souveraineté*, d'autres particularités relatives aux Etrangers.

§. II. 1°. *Un Etranger non domicilié en France peut-il, pour raison d'un contrat qu'il a passé en France avec un autre Etranger qui n'y est pas non plus domicilié, être assigné par celui-ci devant un tribunal français?*

2°. *Le peut-il, si le contrat a été passé dans une foire française?*

3°. *Le peut-il, si le contrat, sans avoir été passé dans une foire, est un acte de commerce, et s'il s'y trouve, soit concours de promesse faite et de marchandise fournie en France, soit obligation de faire le paiement dans un lieu quelconque du territoire français?*

4°. *Que doit-on décider sur la première question, si les deux Etrangers sont citoyens ou sujets d'un état où les Français qui n'y sont pas domiciliés, sont admis, pour raison des contrats qu'ils y ont passés, à plaider l'un contre l'autre devant les tribunaux du pays, sans pouvoir les décliner?*

5°. *Que doit-on décider sur la même question, lorsque le gouvernement des deux Etrangers consent qu'ils plaident devant les tribunaux français, — Lorsque les deux Etrangers y consentent eux-mêmes, — Lorsqu'après qu'ils y ont consenti et qu'un jugement en dernier ressort a prononcé sur leurs contestations, l'un d'eux, poursuivi par l'autre pour l'exécution de ce jugement, propose son déclinatoire?*

Le 21 octobre 1794, le sieur Skipwith, consul des Etats-Unis de l'Amérique à Paris, et le sieur Monutflorence, son chancelier, font en cette ville,

Digitized by Google

non encore acquittées, lors du paiement qui en sera fait.

Le 7 octobre 1801, le sieur Skipwith lui écrit en ces termes : « Je pense que vous auriez pu me rendre assez de justice, que de croire qu'il n'a jamais pu être mon désir, soit comme officier public ou particulier, de vous engager à consentir à une mesure qui aurait pu, en aucune manière, atténuer les droits que vous pouvez avoir fondés sur les conventions particulières entre nous, ou que je m'arrogeasse le dessein de forcer mon opinion exclusive dans une affaire dans laquelle vous êtes partie; au contraire, c'a toujours été, et c'est encore à présent ma résolution fixe, de vous rendre amplejustice. Si donc, après avoir discuté entre nous, *mais après la remise des papiers du bureau*, nous ne pouvons nous accorder sur la véritable interprétation et signification de nos conventions, *rien ne pourrait m'être plus agréable que la décision et jugement en dernier ressort, d'une ou de plusieurs personnes impartiales; et je m'engage solennellement de me conformer à cela.* En attendant, le gouvernement français m'ayant renvoyé ma commission avec un *exequatur* qui m'autorise à exercer les fonctions de ma place, je vous prie d'avoir la bonté, monsieur, de fixer demain l'heure à laquelle j'aurai le plaisir de me rendre chez vous pour recevoir les livres, papiers, etc., appartenant au ci-devant bureau du consulat général, ainsi que ceux qui ont pu depuis vous avoir été confiés comme officier public ».

Le 21 du même mois, autre lettre du sieur Skipwith au sieur Mountflorence, par laquelle il offre à celui-ci de s'en rapporter à la décision du sieur Gord, Américain, actuellement à Paris.

A la vue de ces lettres, le sieur Mountflorence remet au sieur Skipwith toutes les pièces qu'il avait d'abord prétendu retenir, et le presse de passer un compromis pour terminer leurs différends par la voie de l'arbitrage.

Le sieur Skipwith s'y refusant, le sieur Mountflorence le fait citer au tribunal de commerce de Paris. Le sieur Skipwith décline la juridiction de ce tribunal.

Le 4 vendémiaire an 13, jugement par lequel, — « Attendu qu'il s'agit de répétitions relatives *à la société qui a existé en France* entre les parties, à l'occasion des affaires dont elles étaient et ont été conjointement chargées, et de droits de commissions, et aussi pour les recouvremens qu'a pu se procurer ladite société, *comme agence de commerce*, et dont le tribunal est compétent, le tribunal déboute le défendeur (le sieur Skipwith), du renvoi par lui requis; donne acte au demandeur (Mountflorence), de la nomination par lui faite du sieur Hary-Grant, pour son arbitre; et ordonne que dans huitaine, à compter de la signification du présent jugement, ledit défendeur sera tenu de nommer aussi un arbitre de son côté, sinon qu'il en sera, par le tribunal, nommé d'office, conformément à l'ordonnance de 1673 ».

Appel de la part du sieur Skipwith; et le 4 ventose suivant, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui, — « Attendu qu'il s'agit de l'exécution d'un traité fait entre deux citoyens des Etats-Unis d'Amérique, rédigé sur papier libre, en langue anglaise, et dans les formes de leur pays; que suivant le droit commun et l'intention même des parties, une pareille contestation ne peut avoir d'autre juge que les représentans des Américains-unis en France, et les tribunaux de leur nation; faisant droit sur l'appel, dit qu'il a été mal et incompétemment jugé par le jugement rendu au tribunal de commerce de Paris, le 4 vendémiaire dernier, contenant déni de renvoi et jugement du fond; émendant, déclare ledit jugement nul; au principal, ayant égard au déclinatoire, renvoie Mountflorence à se pourvoir devant qui de droit, et le condamne aux dépens des causes principale et d'appel ».

Le sieur Mountflorence se pourvoit en cassation.

« L'arrêt de la cour d'appel du 4 ventose an 13 (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes) vous est dénoncé comme renfermant à la fois une entreprise sur votre juridiction, un déni de justice, une violation de la loi du contrat et un attentat à la souveraineté française.

» De ces quatre griefs, le premier n'a évidemment aucune apparence, aucune ombre de fondement. La cour d'appel de Paris n'a fait, en accueillant l'exception déclinatoire du sieur Skipwith, qu'user du droit qu'a tout tribunal de renvoyer à leurs juges naturels les parties qu'il regarde comme mal à propos assignées devant lui. Il n'y a donc pas, il ne peut donc pas y avoir ici d'entreprise sur la juridiction de la cour suprême.

» Mais y a-t-il déni de justice? Cela dépend du point de savoir si le sieur Skipwith est ou n'est pas justiciable des tribunaux français. Et comme le demandeur en cassation emploie pour établir l'affirmative, deux moyens qu'il fait résulter, l'un du consentement prétendu donné par le sieur Skipwith à être jugé en France, l'autre des principes généraux sur la souveraineté, il est évident que le reproche de déni de justice se confond et s'identifie tant avec le reproche de violation de la loi du contrat, qu'avec le reproche d'attentat à la souveraineté française.

» Voyons donc d'abord si pour l'exécution des traités passés entre lui et le demandeur, le sieur Skipwith s'est soumis, par une convention quelconque, à la juridiction des tribunaux français.

» Il ne s'y est certainement soumis, ni par le traité du 21 octobre 1795, ni par celui du 3 mai 1799 : l'un et l'autre acte ne contiennent à cet égard aucune espèce de stipulation.

» Il ne s'y est pas soumis davantage par ses lettres des 7 et 21 octobre 1801. A la vérité, par la première, il s'engage à faire juger *en dernier ressort par une ou plusieurs personnes impartiales*, la contestation que lui suscite le demandeur; à la vérité, par la seconde, il propose au demandeur de s'en rapporter à la décision du sieur Gord, Améri-

Digitized by Google

testations pour fait de commerce maritime; et qu'à l'égard des contestations pour fait de banque et de commerce de terre, on ne doit s'attacher qu'à l'art. 13, lequel, suivant lui, soumet les Américains à plaider, même sur les assignations qui leur sont données par leurs compatriotes, devant les juridictions commerciales de France. — Ce système est accueilli par un jugement du 13 brumaire an 4. — Wans en interjette appel; mais le 9 pluviose de la même année, ce jugement est confirmé par le tribunal civil du département de la Seine-Inférieure. — Recours en cassation; et, le 7 fructidor suivant, arrêt contradictoire, par lequel, — « Vu la convention conclue à Versailles, le 14 novembre 1788, entre le gouvernement français et les Etats-Unis de l'Amérique, portant, — Art. 12 : *Tous différends et procès entre les sujets du roi T. C. dans les Etats-Unis, ou entre les citoyens des Etats-Unis dans les Etats du roi T. C., et NOTAMMENT toutes les discussions relatives aux salaires et conditions des engagemens des équipages des bâtimens respectifs, et tous différends, de quelque nature qu'ils soient, qui pourraient s'élever entre les hommes desdits équipages ou entre quelques uns d'eux et leurs capitaines, ou entre les capitaines de divers bâtimens nationaux, seront terminés par les consuls et vice-consuls respectifs, soit par un renvoi pardevant des arbitres, soit par un jugement sommaire et sans frais : AUCUN OFFICIER TERRITORIAL, soit civil ou militaire, ne pourra y intervenir ou prendre une part quelconque à l'affaire; et les appels de ces jugemens consulaires seront portés devant les tribunaux de France ou des Etats-Unis qui doivent en connaître;* — Art. 13. *L'utilité générale du commerce ayant fait établir dans les Etats du roi T. C. des tribunaux et des formes particulières pour accélérer la décision des affaires de commerce, les négocians des Etats-Unis jouiront du bénéfice de ces établissemens; et le congrès des Etats-Unis pourvoira, de la manière la plus conforme à ses lois, à l'établissement d'avantages équivalens en faveur des négocians français, pour la prompte expédition et décision des affaires de la même nature;* — Considérant, dans le fait, que la qualité de citoyen des Etats-Unis n'a été contestée à Wans, ni devant le tribunal de commerce du Havre, ni devant le tribunal civil de la Seine-Inférieure; — Considérant, dans le droit, que la disposition de l'art. 12 est conçue en termes généraux et relatifs aux Américains et aux Français, pour tous les différends et procès qui peuvent s'élever en France, entre des nationaux américains, ou en Amérique entre des nationaux français; que toutes les contestations entre les nationaux sont, sans distinction, renvoyées aux consuls respectifs de chaque nation, sans qu'aucun officier territorial puisse y prendre part, sous aucun prétexte; et que le mot *notamment*, loin de restreindre la généralité de l'article, lui donne un nouveau degré de force; — Considérant que l'art. 13, loin de contenir une dérogation à l'art. 12, n'a eu d'autre objet que celui de procurer aux Français en Amérique, dans les discussions qui pourraient s'élever, relativement aux transactions commerciales, entre eux et les Américains, la même faculté accordée à ceux-ci de s'adresser aux tribunaux de commerce de France, où les formes étaient plus brèves et les frais moins considérables; et que c'est pour cela même que le gouvernement des Etats-Unis s'est engagé à ériger un tribunal semblable, autant que sa constitution le lui permettrait; — Considérant qu'il est hors de doute qu'un pareil traité, revêtu des formes extérieures exigées par les lois françaises, et fait entre deux puissances qui n'ont pas cessé d'être unies depuis sa conclusion, a force de loi et est obligatoire pour les deux nations contractantes; que conséquemment les juges ne peuvent se dispenser de la prendre pour base de leurs décisions dans les affaires qui y sont relatives; — De tout quoi il résulte qu'en refusant de dire droit sur l'appel relevé par Wans, et de renvoyer, comme il le demandait, la cause et les parties pardevant le consul des Etats-Unis, résidant en France, le tribunal civil de la Seine-Inférieure a tout à la fois contrevenu à la disposition littérale de l'art. 12, et fait une fausse application de l'art. 13; — Le tribunal casse et annulle..... »

» Cet arrêt décide nettement, et de la manière lumineuse dont il est motivé, il suit avec la plus grande évidence, que, sous l'empire de la convention consulaire du 14 novembre 1788, les Américains ne pouvaient pas se traduire mutuellement, même pour fait de commerce, devant les tribunaux français; et qu'ils ne pouvaient, sur les différends qui s'élevaient entre eux en France, se pourvoir les uns contre les autres, que devant les consuls de leur nation.

» Le sieur Mountflorence ne peut donc ici tirer aucun avantage de l'art. 13 de cette convention. — Et quant à l'art. 12 du même acte, on sent bien que si l'on pouvait encore en argumenter, le sieur Mountflorence n'aurait pas à se louer de la conséquence qui en résulterait. Quelle serait, en effet, cette conséquence? C'est que les Américains ne peuvent entre eux, avoir en France d'autres juges que les consuls des Etats-Unis; c'est qu'en aucun cas ils ne sont forcés entre eux, de se soumettre à la juridiction des tribunaux français.

» Et vainement, dans cette hypothèse, le sieur Mountflorence dirait-il que le sieur Skipwith étant lui-même consul des Etats-Unis, l'art. 12 reste nécessairement sans application, puisque le sieur Skipwith ne peut pas être son propre juge. — De ce que le sieur Skipwith ne pourrait pas connaître d'une affaire qui l'intéresse personnellement, il ne s'ensuivrait pas qu'il pût être traduit, pour raison de cette affaire, devant un tribunal français : l'on devrait seulement en conclure qu'il se trouve, pour cette affaire, dans un cas que la convention de 1788 n'a pas prévu, et que ce n'est pas dans cette convention qu'il faut chercher la solution du problème que nous avons à résoudre.

Digitized by Google

ne doit pas être restreinte aux marchés faits dans les foires; qu'elle est commune à tous les actes de commerce sans distinction; et qu'ainsi tout acte de commerce qui a été fait dans un lieu quelconque de la France, soit avec délivrance de la marchandise en ce lieu, soit avec l'obligation d'y faire un paiement, soumet à la juridiction locale les parties, même domiciliées ailleurs, entre lesquelles cet acte a été passé. — Aussi Boullenois remarque-t-il dans son *Traité des Statuts réels et personnels*, tome 1, page 608, que les *Etrangers commerçans* ont parmi nous, comme les négocians nationaux, le *choix accordé par l'ordonnance de* 1673, d'assigner leurs débiteurs, ou au lieu du domicile de ceux-ci, ou au lieu dans lequel la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu convenu pour le paiement. *S'ils n'avaient pas ce choix*, ajoute-t-il, *souvent ils ne seraient pas à portée de se faire rendre facilement justice et se faire payer, et le commerce en souffrirait.*

» Que dirons-nous maintenant des contrats qui n'appartiennent ni à la classe de ceux dont parle le texte cité de l'ordonnance de la marine, ni à celle des actes de commerce? Suffit-il également qu'ils aient été passés en France, pour que les parties contractantes qui n'y ont pas leur domicile, soient, quant à leur exécution, justiciables des tribunaux français?

» L'affirmative ne souffrirait aucune difficulté, si la question devait se décider par le droit romain. La loi 19, §. 1 et 2, D. *de judiciis*, met en principe que tout contrat est attributif de juridiction au juge du lieu où il a été passé; et c'est ce qui fait dire à Collerus, dans son Traité *de processu executivo*, part. 1, ch. 3, n. 179: *neque verò statutum aut consuetudo loci solos cives et homines suburbiorum, veluti subditos statuentium, comprehendit, verùm etiam forenses ac extraneos, dummodò, hoc posteriore casu, duo interveniant cumulativè, puta quod forensis in loco statuti executivi contrahat, ac post moram in loco contractûs, sive in personâ, sive in rebus suis, reperiatur: extranei namque venientes in alienum territorium, si quid negotii ibidem gerant contrahendo, vel quasi, censentur, ratione facti sui ibidem celebranti, eodem jure quo populus territorii.*

» Mais cette disposition du droit romain est-elle encore en vigueur parmi nous? Tous nos auteurs attestent que non: Imbert, dans son *Enchiridion*, lettre B, aux mots *Diversité des biens;* Bacquet, dans son *Traité des Droits de justice*, ch. 8, n. 9; Mornac, sur la loi 19, D. *de judiciis*, et Boullenois, tom. 1, page 607, n'ont là-dessus qu'une voix; et le Code Napoléon n'a modifié leur doctrine qu'en deux points: — d'abord en décidant, art. 14, que *l'Etranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français;* ensuite en déclarant, art. 111, que *lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties, ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile.* — Assurément vouloir que dans ces deux cas, et dans ces deux cas seulement, le lieu du contrat soit pris en considération pour déterminer la compétence des tribunaux, c'est bien reconnaître que dans tout autre cas la compétence des tribunaux est indépendante du lieu où le contrat a été passé.

» Mais dès que, hors les deux cas dont nous venons de parler, le lieu du contrat est indifférent en cette matière, quelle raison y aurait-il de soumettre à la juridiction des tribunaux français, le contrat passé en France entre deux Etrangers qui n'y ont pas leur domicile?

» Il en est évidemment de ce contrat, comme de celui que les deux Etrangers auraient passé dans leur pays avant d'en sortir momentanément pour se rendre en France. Quelle différence y a-t-il, en effet, entre l'un et l'autre? Il n'y en a qu'une seule: c'est que l'un a été souscrit en France, et que l'autre l'a été en pays Etranger. Mais cette différence est nulle quant à notre question; puisqu'encore une fois, hors les deux cas prévus par les art. 14 et 111 du Code Napoléon, le lieu de la passation du contrat ne peut influer en rien sur la détermination de la compétence des juges qui en doivent connaître.

» Or, les tribunaux français pourraient-ils prendre connaissance d'un contrat passé hors de France entre deux Etrangers qui n'auraient pas leur domicile en France, et dont l'un déclinerait leur juridiction? Nous répondrons sans hésiter: non, ils ne le pourraient pas. Et quoique le contraire paraisse avoir été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, rendu en septembre 1775, au profit d'un négociant irlandais contre un particulier de la même nation (V. *mon Recueil de Questions de droit*, tome 4, page 352), la chose n'en est pas moins aussi certaine que le principe dont elle est la conséquence nécessaire, principe qui s'exprime en quatre mots, *actor sequitur forum rei;* et dont le résultat, universellement reconnu, est que, toute convention et tout traité politique à part, la juridiction sur les contrats n'appartient qu'au juge domiciliaire des parties contre lesquelles on en poursuit l'exécution.

» Aussi, au seul arrêt que compte en sa faveur le système que nous combattons, pouvons-nous en opposer plusieurs qui l'ont formellement proscrit.

» Dans la nouvelle édition du recueil de Denizart, article *Consul des marchands*, §. 3, n. 23, nous lisons ce qui suit: — « Un arrêt rendu en la grand'-chambre, le 7 août 1732, sur les conclusions de M. l'avocat général Gilbert, a jugé qu'un Etranger ne peut être poursuivi en France pour des billets à ordre faits dans sa patrie, et transportés à un Français qui n'est que prête-nom ». — Dans le fait, le nommé Hopener, marchand à Londres, avait fait en décembre 1728 et décembre 1729, au profit de

Digitized by Google

Digitized by Google

puissent être regardés comme des actes de commerce, on peut dire que par l'un et l'autre, il y a non seulement promesse faite en France, ce qui résulte evidemment de leurs dates, mais encore marchandise fournie en France même. Car si ces deux actes sont vraiment des traités de commerce, il a dû, d'après leurs dispositions, être fourni une marchandise, et cette marchandise quelle est ici? C'est dans l'un, l'industrie des deux contractans mise en société; c'est dans l'autre, l'industrie du demandeur seul. Or, cette industrie, c'est en France, c'est à Paris, qu'elle a été *fournie*, qu'elle a été exercée. Il y a par conséquent ici, dans la supposition que nous admettons en ce moment, concours de la promesse faite en France avec la tradition en France de la marchandise stipulée. — C'est ainsi que le facteur d'un marchand domicilié à Lyon qui, d'après une convention faite à Bordeaux, aurait tenu à Bordeaux même, le comptoir ou le magasin de son commettant, pourrait, en vertu de l'art. 17 du tit. 12 de l'ordonnance de 1673, se pourvoir devant le tribunal de commerce de Bordeaux, pour faire condamner son commettant à lui payer ses gages. En vain son commettant lui objecterait-il que n'ayant reçu de lui aucune marchandise, il ne peut pas se trouver dans le cas où l'ordonnance fait résulter du concours de la marchandise fournie avec la promesse faite dans un lieu, une attribution de juridiction au juge local. Le facteur répondrait avec avantage que son industrie est par l'ordonnance elle-même réputée marchandise, et que c'est précisément pour cela que les tribunaux de commerce en général sont compétens pour connaître *des gages et salaires des facteurs de marchands.*

» Mais reste la première branche de notre question: Les traités des 21 octobre 1794 et 2 mai 1799 sont-ils vraiment des *actes de commerce?*

» Vous vous rappelez, messieurs, que le tribunal de première instance les avait jugés tels, et qu'il s'était fondé sur le fait que ces actes sont relatifs *à la société qui a existé en France entre les parties, à l'occasion des affaires dont elles étaient et ont été conjointement chargées, et de droits de commission, et aussi pour les recouvremens qu'a pu se procurer ladite société*, COMME AGENCE DE COMMERCE.

» Mais d'abord, de ce qu'il a existé une société entre les parties, il ne s'ensuit pas que les conventions relatives à cette société, soient des actes de commerce. Ce n'est pas seulement pour des opérations commerciales qu'il se forme des sociétés; il peut s'en former et il s'en forme en effet aussi pour des objets auxquels le commerce n'a aucune espèce de part. — On a vu, en 1786, le chirurgien Suton et le médecin O-ryan contracter, pour la pratique d'un mode particulier d'inoculation de la petite vérole, une société qui a donné lieu à un procès fameux, sur lequel il a été statué par arrêt du parlement de Paris, peu d'années avant la révolution. — Dans une grande partie de la France c'est par l'association des propriétaires avec des métayers, que se cultivent et s'exploitent presque toutes les terres à labour. — Il a donc très bien pu exister entre le demandeur et le sieur Skipwith une société dont l'objet n'ait eu rien de commercial.

» Ensuite, est-il bien exact de dire que la société qui a existé entre le demandeur et le sieur Skipwith, ait été *une agence de commerce?*

» Pour qu'elle eût eu ce caractère, il faudrait que le sieur Skipwith et le demandeur eussent traité non seulement comme agens, ou, pour nous servir des termes de l'art. 5 du titre 12 de l'ordonnance de 1673, comme *facteurs*, comme *commissionnaires* des Américains qui avaient des sommes à recouvrer en France; mais encore qu'ils eussent été les *facteurs*, les *commissionnaires* de ceux-ci *pour fait de marchandise*: car ce n'est que relativement au fait *de marchandise*, que les *facteurs*, les *commissionnaires* des marchands sont censés faire, soit entr'eux, soit envers leurs commettans, des actes de commerce; et c'est ce que prouve clairement l'article que nous venons de citer, de l'ordonnance de 1673: Les juges-consuls (porte-t-il) *connaîtront aussi des gages, salaires et pensions des commissionnaires, facteurs ou serviteurs des marchands, pour le fait de marchandise seulement.*

» Or, trouvons-nous quelque *fait de marchandise* dans les opérations dans lesquelles le demandeur et le sieur Skipwith ont servi de *facteurs*, de *commissionnaires* à un nombre plus ou moins considérable de leurs concitoyens qui avaient des recouvremens à faire en France?

» Oui, il y avait *fait de marchandise* dans celles de ces opérations qui avaient pour objet la *vente des cargaisons* des navires amenés dans les ports de France par des armateurs américains. Mais, observons-le bien, il n'est question de ces *ventes de cargaisons* que dans l'acte du 21 octobre 1794; et le demandeur nous apprend lui-même que dès 1797, il avait réglé, avec le sieur Skipwith, le compte de tout ce qui était relatif à l'exécution de cet acte, et qu'il en avait reçu le solde.

« Ce n'est donc que des opérations auxquelles se rapporte la convention du 2 mai 1799, qu'il peut être ici question; et le demandeur, non seulement l'avoue, mais le soutient formellement.

» De quelles opérations s'agit-il donc dans cette deuxième convention? Il s'y agit, et il s'y agit uniquement, des *affaires de créances contre le gouvernement de la république française*: ce sont les propres termes de cette convention qui nous en donnent l'assurance.

» Et ces créances d'où provenaient-elles? La convention du 2 mai 1799 n'en dit rien; mais sans doute elle doit être interprétée et suppléée, en cette partie, par la convention du 21 octobre 1794. — Or, voici en quoi la convention du 21 octobre 1794 fait consister les créances sur lesquelles, en cas de recouvrement, le demandeur et le sieur Skipwith doivent prélever des droits de commission dont elle règle le partage entr'eux. Ce sont (y est-il dit) *les indemnités et autres sommes dues par*

l'Amérique, on a reçu et on observe la loi romaine qui donne aux contrats l'effet d'attribuer juridiction aux juges du lieu où ils ont été passés : mais il n'en résulte certainement pas que la même loi doive être suivie en France à l'égard des Américains. Sans doute, la législation française pourrait partir de cet usage des États-Unis, pour déclarer que tant que les tribunaux américains refuseront le renvoi aux Français assignés devant eux pour l'exécution de contrats faits en Amérique, les tribunaux français refuseront également le renvoi aux Américains assignés devant eux pour l'exécution de contrats faits en France. Mais ce que la législation française pourrait faire à cet égard, elle ne l'a point fait ; et ce n'est pas aux tribunaux à le faire pour elle : le droit de représailles qu'elle pourrait exercer en cette matière, elle ne l'exerce pas ; et ce n'est pas aux tribunaux à l'exercer en sa place. Il faut que chaque pouvoir se renferme religieusement dans ses attributions.

» Dans le procès jugé au parlement de Douai, par l'arrêt du 24 décembre 1785, que nous avons eu l'honneur de vous citer, le sieur Howel opposait au sieur Hamilton des certificats d'usage qui prouvaient qu'en Angleterre, un Français pouvait poursuivre un autre Français pour dettes contractées en France; et il soutenait que par réciprocité il en devait être de même entre deux Anglais dont l'un avait fait au profit de l'autre, une obligation en Angleterre. L'arrêt n'a eu aucun égard à ce moyen.

» Dans une affaire jugée au parlement de Paris le 12 août 1758, le sieur et la demoiselle Howard, Anglais, prétendaient recueillir la succession mobilière d'un de leurs compatriotes naturalisé en France : et pour repousser l'objection que l'on tirait contr'eux des traités d'Utrecht et de la déclaration de 1739, lesquels n'autorisaient les sujets du roi de la Grande-Bretagne qu'à succéder aux Anglais décédés en France, ils rapportaient des actes de notoriété de l'*Attorney* et du *solliciteur général*, constatant qu'en Angleterre, les Français d'origine ou d'adoption succédaient aux Anglais comme à leurs propres concitoyens. — Mais on leur répondait que si en Angleterre, les Français succédaient aux Anglais, ce n'était point par un privilège qui leur fût particulier, mais parceque le droit d'aubaine était inconnu en Angleterre, et que tous les Etrangers y étaient, pour ainsi dire, naturalisés par la faveur que cette nation accordait au commerce; au lieu qu'en France, le vice de périgrinité formait un obstacle invincible à la transmission de l'hérédité d'un regnicole à un Etranger; que chaque pays avait ses lois sur le mode de succéder; et que l'on ne pouvait, dans chaque succession, consulter que la loi du pays où elle était ouverte. — En effet, par l'arrêt qui intervint sur cette affaire, et qui fut confirmé au conseil d'Etat en très grande connaissance de cause, la succession dont il s'agissait, fut adjugée aux parens regnicoles de l'Anglais naturalisé en France, à l'exclusion des parens qu'il avait laissés en Angleterre. (*V. Succession.*)

» Plus anciennement encore, dans le célèbre procès où il était question de savoir si le contrat de mariage de la princesse de Carignan passé devant notaire à Turin, emportait hypothèque en France, on faisait valoir, pour l'affirmative, un grand nombre de pièces authentiques dont il résultait que les contrats passés devant notaire en France, emportaient hypothèque en Piémont. Mais écoutons dans quels termes le savant d'Héricourt réfutait cette objection : — « Quels que puissent être les usages de Piémont, ils ne peuvent point influer sur la contestation : il suffit que nos lois rejettent l'hypothèque des contrats passés en pays Etranger. Personne n'ignore que l'hypothèque est un droit réel, qui se règle par la loi du lieu où l'on veut l'exercer. — Mais, dit-on, que deviendra le droit de réciprocité qui doit avoir lieu entre deux Etats voisins, si l'on rejette en France l'hypothèque des contrats passés en Piémont, pendant qu'en Piémont on donne hypothèque aux contrats passés en France ? — Pour faire tomber cette remarque, il suffit d'expliquer ce qui doit être entendu par la réciprocité, et quelles sont ses bornes. — La règle de la réciprocité prend sa source dans la convention des souverains ; et cette convention en fait la base; mais on n'en peut tirer des conséquences qui attaquent l'indépendance des différens souverains. — Son effet se borne à ce qu'on appelle *le droit de représailles*, c'est-à-dire, à refuser aux Piémontais en France, ce que la loi de Piémont refuse aux Français..... — Mais la règle de la réciprocité qui s'observe entre les nations, ne peut obliger les magistrats français à accorder aux Piémontais, contre les lois de l'Etat, tous les droits qu'on accorde aux Etrangers en Piémont, à moins que les deux souverains ne soient convenus de la réciprocité, par un traité conclu entre eux, comme on a fait pour les hypothèques entre la France et la Lorraine. — S'il en était autrement, le souverain cesserait de l'être dans ses Etats, dès qu'il serait obligé d'accorder aux sujets d'un autre Etat, dans son territoire, tout ce que le souverain de cet autre Etat y accorde aux Etrangers. — Ainsi, il y a beaucoup de nations qui ne connaissent point le droit d'aubaine; les sujets de ces Etats peuvent-ils s'en prétendre affranchis en France, où ce droit est en vigueur, parcequ'on ne le pratique point chez eux à l'égard des Etrangers? — Ainsi, un commerce est interdit en France, mais il est permis dans un autre Etat; est-ce une raison pour que les sujets de cet autre Etat viennent le faire en France, malgré nos lois? — Comme ces interdictions subsistent en France, c'est bien une raison pour que dans les autres pays on distingue les Français des autres Etrangers, et qu'on leur refuse les faveurs que nous refusons en France aux Etrangers. C'est ce qu'on appelle le droit de représailles, qui dérive de la règle de la réciprocité; ce qui n'a rien de contraire à la souveraineté de la France. — C'est une matière de négociation entre les deux souverains. Ils doivent balancer les avantages qui peuvent leur revenir de la reciprocité. Quand ils

Digitized by Google

y être contraints par nos lois, ne sera obligatoire pour nos tribunaux, qu'après que le gouvernement français l'aura accepté, qu'après qu'il en aura proclamé l'acceptation : jusque-là, loin de pouvoir lier nos tribunaux, il ne peut pas même leur être connu; car bien certainement il n'appartient qu'au gouvernement français de faire connaître à nos tribunaux les règles qu'ils doivent suivre pour renvoyer ou retenir les affaires qui sont portées devant eux.

» A défaut de lois, le demandeur invoque votre jurisprudence; il cite deux de vos arrêts qui, suivant lui, ont jugé que les Américains sont justiciables des tribunaux français, pour raison des engagemens qu'ils ont contractés en France. Mais dans quelles circonstances ces arrêts ont-ils été rendus? Nous en avons interrogé les minutes, et voici ce que nous y avons trouvé :

» Josné Barney, officier général de la marine française, en même temps citoyen des Etats-Unis de l'Amérique et négociant à Baltimore, avait, par une suite d'opérations commerciales avec le sieur Fenwick, consul des mêmes Etats à Bordeaux, transporté à celui-ci, par un acte passé en cette dernière ville, le 8 nivose an 3, une créance qu'il avait sur le gouvernement français. Quelques années après, faute d'exécution de ce transport, le sieur Fenwick se pourvut au tribunal de commerce de Bordeaux; et y obtint, le 16 prairial an 6, un jugement par défaut qui condamna le sieur Barney à lui payer une somme de 126,081 livres. — Le sieur Barney forma opposition à ce jugement, et consentit ensuite, par un compromis dans lequel il stipula par un fondé de pouvoir, à faire juger son opposition par des arbitres. Le 7 nivose an 7, les arbitres rendirent une sentence par laquelle le sieur Barney fut condamné à payer au sieur Fenwick, non pas seulement 126,081 liv., mais 202,258 liv. 11 sous; et cette sentence fut homologuée par le président du tribunal civil du département de la Gironde. Le sieur Barney, poursuivi en exécution de ce jugement, en demanda la cassation; et entre autre moyens, fit valoir sa qualité d'Américain, ainsi que les dispositions de la convention consulaire du 14 novembre 1788, qui alors était encore dans toute sa vigueur. Mais par arrêt du 7 messidor an 7, au rapport de M. Couhey et sur les conclusions de M. Zangiacomi, sa demande fut déclarée non recevable, « — Attendu (avez-vous dit), qu'en supposant que le traité du 14 novembre 1788 ait été applicable, soit à raison de la matière, soit à raison des personnes, les parties y auraient expressément dérogé par la nomination d'arbitres de leur part, et désignation de tribunaux français pour les recours qui seraient nécessaires; que l'appel et le recours en cassation n'ont point été réservés, soit par la procuration qui donne pouvoir de compromission, soit par le compromis même qui en a été la suite; que cette réserve ne doit pas être le résultat des termes desdits actes, mais doit y être énoncée expressément, conformément à l'art. 211 de la Constitution de l'an 3 ».

» Désarmé par cet arrêt, le sieur Barney paya au sieur Fenwick, devant notaire à Paris, la somme à laquelle les arbitres l'avaient condamné; mais cette somme ne remplissait pas toutes les obligations que le premier avait contractées envers le second par l'acte de transport du 8 nivose an 3. Il restait encore d'autres objets sur lesquels les arbitres n'avaient pas prononcé et avaient renvoyé les parties à se pourvoir. Le sieur Fenwick, informé que le sieur Barney avait obtenu du gouvernement français la liquidation de ces objets, fit assigner celui-ci au tribunal de commerce de Paris, pour se voir condamner à lui abandonner le montant de cette liquidation, sinon, voir dire qu'il serait autorisé à la toucher au trésor public, en son lieu et place, lorsque la liquidation en serait définitivement arrêtée. Le sieur Barney était alors en Amérique; mais il comparut par le ministère d'un fondé de pouvoir, et demanda son renvoi devant le tribunal de son domicile à Baltimore. Ce renvoi lui ayant été refusé par jugement du 4 brumaire an 12, il en appela; et le 24 ventose suivant, arrêt intervint qui mit son appellation au neant. Recours en cassation de sa part; et le 27 germinal an 13, arrêt au rapport de M. Target, qui le rejette, — « Attendu que la compétence des tribunaux français sur les contestations entre ce dernier et Fenwick, a été reconnue par le demandeur lui-même et déjà confirmée par un précédent arrêt de la cour ».

» Tels sont les deux arrêts par lesquels le sieur Mountflorence prétend aujourd'hui que vous avez à l'avance décidé en sa faveur la question de compétence sur laquelle il a échoué devant la cour d'appel de Paris. — Mais il est bien aisé de voir que par ces deux arrêts, vous n'avez pas jugé cette question en thèse générale; que vous n'avez fait que sanctionner le principe consigné dans le procès-verbal de la discussion du Code Napoléon, que les tribunaux français peuvent connaître des procès entre deux Etrangers, lorsque les deux Etrangers se sont une fois accordés à les reconnaître pour juges. — Et ce n'est point là, il s'en faut bien, notre espèce.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejetter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Arrêt du 22 janvier 1806, sur délibéré, au rapport de M. Sieyes, qui, — « Attendu que la cour d'appel n'a point attenté à l'autorité de la cour de cassation, et qu'elle n'a fait qu'user des attributions que la loi lui a confiées, en statuant sur le déclinatoire proposé; — Attendu qu'elle n'a point commis de déni de justice, en renvoyant les parties devant leurs juges de droit, puisqu'étant l'un et l'autre Etrangers non domiciliés en France, et ne s'agissant que d'une action personnelle et non pour fait de commerce, les juges ont prononcé conformément à la maxime *actor sequitur forum rei*; — Attendu d'ailleurs que les contractans ne

» 11. Toutes les fois qu'il sera intervenu condamnation à quelqu'une des peines ci-dessus, ceux qui les auront encourues, seront destitués ou cassés par leurs supérieurs ou chefs, lesquels disposeront de leurs places, ou les feront remplir conformément aux règles et usages sur ce établis.

» 12. La déclaration des jurys, qu'il n'y a pas lieu à accusation, ou que les geoliers, gardiens et autres préposés à la garde des détenus, ne sont pas coupables, ne prive pas de la faculté de les destituer ceux qui en ont le droit.

» 13. Si les évadés viennent à être repris dans les six mois de leur Evasion, la durée de l'emprisonnement ou des fers prononcée contre les préposés à leur garde, et autres responsables, sera diminuée de moitié. — Cette diminution n'aura point lieu pour le cas de connivence.

» 14. Les personnes étrangères à la garde des détenus, qui seront convaincues d'avoir préparé ou aidé leur Evasion, seront condamnées, pour ce seul fait, à deux mois d'emprisonnement, si le détenu évadé n'était point inculpé d'un délit emportant peine afflictive. — L'emprisonnement sera de quatre mois, si le délit imputé était susceptible de peine afflictive ».

Il résulte clairement de ce dernier article, que ce n'est pas devant le jury d'accusation, mais devant le tribunal correctionnel que doit être traduite toute *personne étrangère à la garde d'un détenu*, qui est prévenue d'avoir préparé ou aidé son Evasion.

La femme Daniaux avait été, par une ordonnance du directeur du jury de Brignolles, du 15 fructidor an 8, traduite devant le jury d'accusation, comme prévenue d'avoir facilité l'Evasion de son mari détenu pour vol. Mais le ministère public s'étant pourvu en cassation contre cette ordonnance, arrêt du 28 vendémiaire an 9, au rapport de M. Seignette, par lequel, — « Vu les art. 219 et 228 du Code des délits et des peines; — Attendu que la loi du 4 vendémiaire an 6, relative aux préposés à la garde des détenus, n'a point dérogé aux règles générales relativement aux personnes étrangères à la garde des détenus; que les treize premiers articles de cette loi, qui prescrivent une forme de procédure plus sévère que celle qui est prescrite par le Code des délits et des peines, ne parlent uniquement que des huissiers, geoliers, gendarmes, et toutes autres personnes préposées à la garde des détenus et responsables de leur Evasion; que les articles subséquens qui ne parlent que des personnes étrangères à cette garde, ne prescrivent aucune forme particulière de procéder, et par conséquent laissent subsister la forme ordinaire; qu'ils ne prononcent que des peines correctionnelles, sauf les cas de bris de prison, force, violence et attroupemens, lesquels doivent être réprimés par les peines prononcées par le Code pénal; — Que la femme Daniaux n'est prévenue d'aucun de ces cas extraordinaires; qu'étrangère à la garde de son mari, elle est seulement prévenue d'avoir facilité son Evasion, délit seulement punissable des peines correctionnelles; — D'après ces motifs, le tribunal casse et annulle l'ordonnance du directeur du jury de Brignolles, du 15 fructidor an 8, par laquelle il traduit devant le jury d'accusation Rosalie Bilieux, femme Daniaux, pour contravention aux art. 219 et 228 du Code des délits et des peines ci-dessus cités, et fausse application de la loi du 4 vendémiaire an 6; — Renvoie ladite femme Daniaux et la procédure devant le tribunal de police correctionnelle de... ».

La loi du 21 brumaire an 5 contient des règles particulières sur l'Evasion des prisonniers qui sont prévenus de délits militaires : « Lorsque, par une coupable négligence (porte-t-elle, tit. 8, art. 17), la force armée aura laissé évader un prévenu de délit militaire confié à sa garde, les officiers, sous-officiers, et les quatre volontaires plus anciens de service faisant partie de la force armée, seront poursuivis et punis de la même peine que le prévenu aurait dû subir, sans néanmoins que cette peine puisse excéder deux ans de fers. Si, dans les débats, le véritable auteur du délit est découvert, il en portera seul la peine, qui pourra être étendue à trois années de fers ».

V. Complice, n. 7, *Bris de prison* et *Prisonnier*.]]

* ÉVÊCHÉ. On entend par ce mot le siège ou le diocèse d'un évêque, le territoire sur lequel il exerce immédiatement l'espèce de juridiction qui est attachée à l'épiscopat. Quoiqu'on attribue au pape le droit exclusif d'établir des Évêchés, cependant il ne peut exercer ce droit parmi nous qu'après la demande ou l'autorisation du souverain. La plupart des bulles, même pour la réunion, la division ou la translation des Evêchés, énoncent le consentement du monarque : celles qui n'en font point mention, supposent ce consentement; et si le pape n'avait point d'égard à une formalité aussi essentielle, on serait en droit de rejeter ses bulles; ce qui est souvent arrivé en France.

Bourg en Bresse ayant été érigé en Evêché à la prière du duc de Savoie, le roi de France et l'archevêque de Lyon, qui n'avaient pas consenti à ce changement, firent révoquer les bulles d'érection par Léon X et par Paul III.

Tous les Evêchés qui existent dans nos colonies, n'ont été établis par le saint siège qu'à la réquisition du souverain. *V. Episcopat.* (M. l'abbé Remy.)*

[[L'art. 2 du concordat du 26 messidor an 9 porte qu'il sera fait par le saint siège, *de concert avec le gouvernement*, une nouvelle circonscription des diocèses français ».]]

ÉVÊQUE. *V. Episcopat* et *Évêché*.

* ÉVICTION. C'est l'action de déposséder, de dépouiller juridiquement quelqu'un d'une chose dont il est en possession.

I. L'acheteur évincé a son recours contre le vendeur, pour raison des Evictions dont il y avait une

Le vendeur ou ses héritiers qui ont acquis, postérieurement au contrat de vente, de nouveaux droits sur l'héritage vendu, ne sont pas fondés à évincer l'acheteur, quand même ils lui offriraient de l'indemniser, parcequ'ils sont eux-mêmes tenus de le garantir de toute Eviction.

Observez néanmoins avec d'Argentrée, sur l'art. 419 de la coutume de Bretagne, que celui qui n'est héritier qu'en partie du vendeur, et qui a des droits particuliers sur l'héritage vendu, peut évincer l'acheteur relativement aux portions dont il n'a pas hérité, sauf à cet acheteur à exercer contre la succession une action hypothécaire pour se faire indemniser de l'Eviction.

VI. Quoiqu'en général il résulte de l'Eviction une action de garantie en faveur de l'acquéreur, cette action néanmoins ne peut pas être exercée relativement à l'Eviction que souffre un donataire à titre gratuit, dans le cas où l'héritage donné est revendiqué par le véritable propriétaire [[Loi 2, C. *de Evictionibus.*]] Mais il en seroit différemment, si la donation avoit été faite à titre onéreux, ou même à titre rémunératoire, [[pourvu que les services rendus fussent de nature à produire une action en justice]]; le donateur seroit alors tenu d'indemniser le donataire, pour raison de l'Eviction qu'il auroit soufferte.

VII. La prescription de l'action qui résulte de l'Eviction, ne commence à courir que du jour du trouble inféré à l'acquéreur.

VIII. Nous entrerons dans de nouveaux détails sur cette matière à l'article *Garantie. V.* aussi *Bail.* (M. Guyot.) *

* EVOCATION. C'est l'action d'ôter au juge ordinaire la connaissance d'une contestation, et de conférer à d'autres juges le pouvoir de la décider. * [[On peut considérer l'Evocation sous deux aspects, c'est-à-dire, ou comme un moyen d'ôter la connaissance d'une affaire à ses juges naturels pour l'attribuer à d'autres, ou comme une voie introduite, pour que dans certains cas le tribunal supérieur puisse prononcer sur le fond d'une affaire qui n'a pas encore été jugée définitivement par un tribunal de première instance.

§. I. *De l'Evocation considérée comme moyen d'ôter la connaissance d'une affaire à ses juges naturels, pour l'attribuer à d'autres.*]]

I. Les lois romaines étaient contraires à tout ce qui dérangeait l'ordre des juridictions, et voulaient que les parties pussent toujours avoir des juges dans leur province. Elles présumaient que l'espérance d'obtenir meilleure justice, était bien moins l'objet d'une Evocation, que le dessein d'éloigner le jugement, et de contraindre ceux contre lesquels on plaidait, à abandonner un droit légitime, par l'impossibilité d'aller plaider loin de leur domicile.

En France, les Evocations trop fréquentes, et faites sans cause légitime, ont toujours été regardées comme contraires au bien de la justice; c'est pourquoi les anciennes ordonnances de nos rois veulent qu'on laisse à chaque juge ordinaire la connaissance des affaires de son district.

Les ordonnances ont aussi restreint l'usage des Evocations à certains cas, et déclaré nulles toutes les Evocations qui seraient extorquées par importunité ou par inadvertance, contre les dispositions de la loi.

C'est dans le même esprit que les causes sur lesquelles l'Evocation peut être fondée, doivent être mûrement examinées, et c'est une des fonctions principales du conseil. S'il y a lieu d'accorder l'Evocation, l'affaire est renvoyée ordinairement à un autre tribunal; et il est très rare de la retenir au conseil, qui n'est point cour de justice, mais établi pour maintenir l'ordre des juridictions, et faire rendre la justice dans les tribunaux qui en sont chargés.

On distingue deux sortes d'Evocations, celles de grace et celles de justice.

II. On appelle *Evocations de grace*, celles qui ont été ou sont accordées par le roi à certaines personnes, ou à certains corps ou communautés, comme une marque de sa protection; ou pour d'autres considérations, telles que les *committimus*, les lettres de garde gardienne, les attributions faites au grand conseil des affaires de plusieurs ordres religieux, et de quelques autres personnes.

Les Evocations de grace sont ou particulières, c'est-à-dire bornées à une seule affaire, ou générales, c'est-à-dire accordées pour toutes les affaires d'une même personne ou d'un même corps.

L'ordonnance de 1669, titre *des Evocations*, art. 1, et l'ordonnance du mois d'août 1737, art. 1, portent qu'aucune Evocation générale ne sera accordée, si ce n'est pour de très grandes et importantes considérations, qui auront été jugées telles par le roi en son conseil; ce qui est conforme à l'esprit et à la lettre des anciennes ordonnances, qui ont toujours été de conserver l'ordre commun dans l'administration de la justice.

Il y a quelques provinces où les committimus et les autres Evocations générales n'ont point lieu: ce sont celles de Franche-Comté, de Roussillon, de Flandre, de Hainaut, de Cambresis; d'Artois et d'Alsace.

Il y a aussi quelques pays qui ont des titres particuliers pour empêcher l'effet de ces Evocations, ou les rendre plus difficiles à obtenir, tels que ceux pour lesquels on a ordonné qu'elles ne pourraient être accordées qu'après avoir pris l'avis du procureur général ou d'autres officiers.

Dans d'autres pays, les Evocations ne peuvent avoir lieu pour un certain genre d'affaires, comme en Normandie et en Bourgogne, où l'on ne peut évoquer les décrets d'immeubles hors de la province.

[[Aujourd'hui, les Evocations de grace sont in-

Digitized by Google

confondue avec la demande principale; de manière qu'elles ne forment plus ensemble qu'une seule contestation (comme lorsque l'affaire a été mise au rôle avec l'assigné en garantie, ou que les avenirs lui ont été signifiés, ou que la demande en garantie a été appointée avec la demande principale, conjointement et par un même arrêt, ou du moins par un arrêt postérieur de jonction), alors celui qui est assigné en garantie peut faire évoquer ensemble la demande principale et la demande en garantie, parcequ'elles ne forment plus toutes deux qu'un tout indivisible : mais s'il n'y a point de jonction présumée ni formelle, l'assigné en garantie ne peut faire évoquer que la demande en garantie, dont l'évocation ne peut empêcher qu'il ne soit passé outre au jugement de la demande principale. — La même distinction a lieu par rapport à la demande en déclaration d'arrêt commun.

En matière criminelle, un accusé ne peut évoquer du chef de celui qui n'est pas partie dans le procès, quoiqu'il soit intéressé à la réparation du crime, ou cessionnaire des intérêts civils; il n'est pas admis non plus à évoquer du chef de ses complices ou co-accusés : s'il est décrété de prise de corps, il ne peut demander l'évocation qu'après s'être mis en état.

Il a aussi été très sagement ordonné que l'évocation n'aurait pas lieu dans plusieurs cas, à cause de l'état où la contestation que l'on voudrait faire évoquer, se trouve au temps où l'évocation est demandée, comme lorsqu'on a commencé la plaidoirie ou le rapport, ou qu'on n'a fait signifier l'acte pour évoquer, que dans la dernière quinzaine avant la fin des séances d'une cour, ou d'un semestre pour celles qui servent par semestre.

Une partie qui, après le jugement de son affaire, ne demande l'évocation que lorsqu'il s'agit de l'exécution de l'arrêt rendu avec elle, ou de lettres de requête civile prises pour l'attaquer, ne peut y être reçue, à moins qu'il ne soit survenu depuis l'arrêt de nouvelles parentés ou autres causes légitimes d'évocation.

La partie qui a succombé sur une demande en évocation, n'est plus admise à en former une seconde dans la suite de la même affaire, s'il n'est survenu de nouvelles parentés ou de nouvelles parties; et si la seconde demande en évocation était encore rejetée, le demandeur encourrait une amende plus forte, et d'autres peines, selon les circonstances.

Telles sont les principales restrictions qui ont été faites aux évocations mêmes qui paraissent fondées sur une considération de justice et sur la crainte qu'une des parties n'ait quelques avantages sur l'autre dans un tribunal dont plusieurs officiers sont ses parens ou alliés. Si l'un d'eux s'était tellement intéressé pour elle, qu'il eut fait son affaire propre de sa cause, les parens ou alliés de cet officier serviraient aussi à fonder l'évocation. Mais l'ordonnance de 1737 a prescrit une procédure très sommaire pour les occasions où l'on allégue un pareil fait; et il faut, pour l'établir, articuler et prouver trois circonstances : savoir, que l'officier ait sollicité les juges en personne, qu'il ait donné ses conseils, et qu'il ait fourni aux frais. Le défaut d'une de ces trois circonstances suffit pour faire condamner la partie qui a soutenu ce fait, à une amende, et quelquefois à des dommages-intérêts et à d'autres réparations.

L'objet du législateur a encore été de prévenir les inconvéniens des demandes en évocation, en établissant une procédure simple et abrégée pour y statuer.

C'est au conseil des parties qu'elles sont examinées.

[] Toutes ces dispositions de l'ordonnance de 1737 sont devenues sans objet par la suppression des parlemens et du conseil des parties.

IV. Mais les lois nouvelles admettent encore l'*évocation de justice* dans trois cas :

1°. Lorsque la *sûreté publique* exige qu'une affaire ne soit pas jugée par le tribunal auquel la connaissance en appartient naturellement, la cour de cassation la renvoie devant un autre tribunal; mais elle ne peut le faire que sur le réquisitoire du procureur général. *V.* l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, art. 65; et la loi du 27 ventose an 8, art. 79.

2°. Lorsque des motifs de *suspicion légitime* s'opposent à ce que les juges naturels d'une affaire en retiennent la connaissance, le renvoi doit en être fait à d'autres juges. Mais à qui appartient-il de prononcer ce renvoi? L'art. 65 de la Constitution du 22 frimaire an 8 semble attribuer ce pouvoir, pour tous les cas, à la cour de cassation; et elle l'a en effet exercé en matière civile comme en matière criminelle, jusqu'à la mise en activité du Code de procédure civile.

Mais depuis cette époque, elle ne l'exerce plus indéfiniment qu'en matière criminelle. *V. Suspicion légitime.*

A l'égard des matières civiles, on doit suivre pour les demandes en renvoi fondées sur la suspicion légitime, la même marche que pour les demandes en règlement de juges. C'est ce qu'ont décidé plusieurs arrêts qui sont rapportés aux mots *cour de cassation*, n°. 3. En voici un plus récent qui décide encore la même chose. — Plusieurs communes du département de la Sarthe se pourvoient devant le tribunal civil de la Flèche contre les héritiers Chimon de Brulon. Jugement qui les déclare non recevables. — Le 23 janvier 1807, décret impérial qui, en conséquence d'un conflit élevé par le préfet du département de la Sarthe, annulle ce jugement, par la raison qu'à l'époque où il a été rendu, la matière du procès était administrative, quoique, par des événemens postérieurs, elle soit devenue judiciaire, et *renvoie les parties à se pourvoir devant qui de droit.* — Les choses en cet état, les communes ne pouvant plus retourner devant le même tribunal pour y renouveler leurs demandes, s'adressent à la cour d'appel d'Angers, pour obtenir l'indication d'un autre tri-

Digitized by Google

« Attendu que le tribunal de commerce de Bordeaux a été valablement saisi de la demande en main-levée d'opposition, par la citation donnée à Redon par Cramaille, le 5 germinal an 13; attendu que quels qu'aient été les evenemens ultérieurs, soit du décès de Cramaille, soit de la faillite de sa maison de Lyon, ces événemens n'ont pu dessaisir le tribunal de commerce de Bordeaux de la connaissance dont il etait saisi par ladite citation; — La cour renvoie l'affaire et les parties devant le tribunal de commerce de Bordeaux, pour, par ce tribunal, et sans avoir egard aux jugemens rendus par celui de Lyon, être statué conformément à la loi, sur toutes les contestations auxquelles a pu et pourra donner lieu l'opposition de Redon sur les plombs et deniers dont il s'agit au procès ».

§. II. *De l'Evocation d'un tribunal inférieur au tribunal devant lequel il ressortit.*]]

Les juges supérieurs ont le droit d'évoquer certaines causes ou procès pendans devant les juges inférieurs de leur ressort; mais ce ne peut être que pour les juger définitivement à l'audience par un seul et même jugement. C'est ce qui résulte de l'art. 2 du tit. 6 de l'ordonnance du mois d'avril 1667.

L'art. 5 du tit. 26 de l'ordonnance du mois d'août 1670 permet aussi aux cours d'évoquer les procès criminels pendans devant les juges des lieux, lorsqu'elles connaissent, après avoir vu les charges, que la matière est légère; mais en ce cas elles doivent juger sur-le-champ à l'audience, et faire mention des charges et informations dans l'arrêt, à peine de nullité. (M. Guyot.) *

[[Avant le Code de procédure civile, la cour de cassation jugeait constamment que les juges supérieurs, non seulement *pouvaient*, mais même *devaient* retenir la connaissance du fond, soit lorsqu'en prononçant sur l'appel d'un jugement qui n'avait statué que sur un incident, ils l'infirmaient, soit lorsqu'en prononçant sur l'appel d'un jugement qui avait jugé le fond même, ils le déclaraient nul pour vice de forme. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tome 1, pages 321, 329 et 348; et tome 8, page 15.

Mais l'art. 473 du Code de procédure a laissé cela à l'arbitrage des juges d'appel.

Les juges d'appel peuvent-ils statuer sur le fond, en réformant un jugement par lequel le tribunal de première instance s'est mal à propos déclaré incompetent? *V.* le plaidoyer du 6 thermidor an 13, rapporté à l'article *Moulin*.

En matière correctionnelle, les cours de justice criminelle étaient astreintes, par l'art. 202 du Code du 3 brumaire an 4, à renvoyer le fond devant un autre tribunal de première instance, lorsqu'elles annullaient un jugement, non seulement pour incompetence, mais encore pour vice de forme. Mais il a été dérogé à cet article par la loi du 29 avril 1806: « Lorsque, sur l'appel d'un jugement définitif en matière correctionnelle (y est-il dit), la cour de justice criminelle en prononcera la nullité pour violation ou omission de formes prescrites par la loi, ladite cour statuera sur le fond: il est, quant à ce, dérogé à l'art. 202 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4. La disposition de cet article, relative à l'annullation de jugemens pour cause d'incompetence, continuera de recevoir son execution ».]]

* EXCEPTION. On donne ce nom aux moyens, aux fins de non recevoir et aux autres defenses qu'on oppose à une demande.

On distingue en général trois sortes d'Exceptions: les *déclinatoires*, les *dilatoires* et les *péremptoires*.

Les *Exceptions déclinatoires* sont celles qui tendent à faire renvoyer la contestation à un tribunal différent de celui devant lequel on est traduit. *V. Déclinatoire*.

Les *Exceptions dilatoires* sont celles qui, sans exclure l'action, tendent à en différer la poursuite: par exemple, celui qui est assigné comme héritier, peut demander un délai pour délibérer. De même celui auquel on demande le paiement d'une dette qui n'est point échue, peut opposer que l'action est prématurée.

L'art. 1 du tit. 9 de l'ordonnance de 1667 veut que celui qui a plusieurs Exceptions dilatoires, soit tenu de les proposer par un même acte: cependant si un héritier on une veuve, en qualité de commune, sont assignés, ils ne sont obligés, suivant l'art. 2 du même titre, de proposer les Exceptions dilatoires qu'après que le terme pour deliberer est écoulé.

[[Les dispositions de ces deux articles sont renouvelées par les art. 186 et 187 du Code de procédure civile.

C'est aussi dans la classe des Exceptions dilatoires que rentre la réquisition du defendeur assigné par un étranger, à ce que le demandeur soit tenu de fournir caution pour les frais et les dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné. *V. Caution judicatum solvi.*]]

Les *Exceptions péremptoires* sont de deux sortes: les unes tendent à établir que l'action a été mal intentée, mais elles ne la detruisent pas: telles sont, par exemple, les Exceptions fondées sur la nullité de l'exploit. L'ordonnance de 1667, tit. 5, art. 5, veut que ces Exceptions soient proposées pour être jugées avant le fond. [[*V.* le plaidoyer du 7 prairial an 13, rapporté à l'article *Déclinatoire*, et *Nullité*.]]

Les autres sont tous les moyens que le défendeur peut opposer contre le fond de la demande, soit parceque le demandeur est sans titre [[ou que son titre est nul, ou qu'il est le fruit de l'erreur, du dol, de la violence]], ou que la dette est prescrite [[ou qu'elle a déjà été jugée n'être pas due]], ou qu'elle a été acquittée par la voie de la compensation, etc.

Lorsque les Exceptions peremptoires de la première espèce sont mal fondées, le juge peut passer outre à l'instruction et au jugement du principal,

Digitized by Google

sion) ; et suivant l'ordonnance de Moulins, et celle de 1667, il ne peut être admis à prouver par témoins le défaut de numération d'espèces contre une reconnaissance par écrit, quand même il serait question d'une somme au-dessous de cent livres, à moins qu'il n'y ait déjà un commencement de preuve par écrit. *V. Preuve.* (M. GUYOT.) *

[[Telle est aujourd'hui la règle de toute la France. *V.* les art. 1341 et 1347 du Code Napoléon ; et l'art. 7 de la loi du 30 ventose an 12.]]

[[EXCÈS DE POUVOIR. C'est, de la part d'un juge ou d'un tribunal, l'acte par lequel il sort du cercle de ses attributions et fait ce que la loi lui défend ou ne lui permet pas.

Dans quels cas et contre quels actes ou jugemens l'excès de pouvoir forme-t-il un moyen de cassation ? *V. Cassation*, §. 3 ; et le plaidoyer du 24 juillet 1806, rapporté à l'article *Divorce*, sect. 4, §. 9. — *V.* aussi *Acte administratif*, *Contradiction* (Jugement), *Délit rural*, *Dernier ressort*, *Faux*, *Garantie des Fonctionnaires publics*, *Incompétence*, *Injure*, *Pouvoir judiciaire*, etc.]]

EXCLUSION DE COMMUNAUTÉ. *V. Communauté*, §. 4, et *Séparation de biens*, §. 1.

[[EXCLUSION COUTUMIÈRE. On appelait ainsi dans notre ancienne législation, les dispositions de coutumes et de certains statuts, qui, dérogeant à l'ordre naturel des successions *ab int.stat*, excluaient du droit de succéder en tout ou en partie, soit les filles mariées et dotées, soit les filles simplement mariées même sans dot, soit les filles en général, soit même les puînés mâles qui se trouvaient en concurrence avec un aîné.

Ces dispositions ont été abolies, pour les fiefs, par la loi du 15 mars 1790 ; et pour les autres biens, par la loi du 8 avril 1791. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 4, pag. 388.

Ces deux lois avaient cependant réservé les droits des aînés qui étaient mariés ou veufs avec enfans, lors de la publication de chacune. Mais ces réserves ont été abrogées par la loi du 4 janvier 1793.

En abrogeant ces réserves, la loi du 4 janvier 1793 ne s'est pas expliquée sur l'effet qu'elles devaient avoir dans les successions ouvertes avant sa publication et depuis celle des lois des 15 mars 1790 et 8 avril 1791. Mais de son silence même il résulte assez clairement que, dans ces successions, les aînés qui étaient mariés ou veufs avec enfans, lors de la publication des lois des 15 mars 1790 et 8 avril 1791, ont dû conserver tous les avantages que leur assuraient les coutumes et les statuts.

Il a même été jugé par un arrêt de la cour de cassation, du 6 frimaire an 11, que les enfans de l'aîné, mort depuis la publication des lois des 15 mars 1790 et 8 avril 1791, et avant l'ouverture de la succession, ont à cet égard les mêmes droits que leur père. — Un autre arrêt de la même cour, du 26 floréal suivant, a été plus loin : il a jugé que l'enfant d'un aîné mort avant les lois des 15 mars 1790 et 8 avril 1791, mais qui était lui-même marié ou veuf avec enfans, à l'époque de la publication de ces lois, peut exercer dans les successions ouvertes depuis, mais avant la publication de la loi du 4 janvier 1793, les avantages que les deux premières lois conservaient aux aînés alors mariés ou veufs avec enfans. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 8, pag. 587 et 589.]]

* EXCUSE, Raison qu'on allègue pour se disculper de quelque chose.

I. Ce mot *Excuse* présente quelquefois deux idées bien différentes l'une de l'autre. Dans un sens, on peut s'excuser pour faire voir qu'on n'est point coupable ; et dans un autre, pour faire voir que, quoiqu'on soit coupable, on l'est cependant beaucoup moins qu'on ne le paraît.

Ainsi, en supposant qu'un huissier muni d'un décret de prise de corps, ait constitué quelqu'un prisonnier, et qu'il y ait une plainte rendue pour cet emprisonnement ; il suffira à l'huissier, pour Excuse, et pour faire voir qu'il n'est point coupable, de justifier du décret qui l'a autorisé à cet acte de son ministère.

Si cet huissier, au lieu d'emprisonner la personne décrétée, en a emprisonné une autre pour elle, la méprise peut être blâmable à quelques égards, mais elle peut être aussi excusable par rapport à l'identité du nom, de la demeure, de la ressemblance, etc.

Il faut donc distinguer deux sortes d'Excuses : les *Excuses péremptoires*, et les *Excuses atténuantes*.

Les Excuses péremptoires sont celles qui établissent la justification de l'accusé de manière qu'on ne doive point hésiter sur son absolution. Ainsi, en supposant que vous soyez regardé comme l'auteur de l'homicide qui vient d'être récemment commis sur un grand chemin, et qu'en convenant que vous en êtes l'auteur, vous fassiez voir que vous ne l'avez commis que pour vous délivrer des attaques d'un assassin, la preuve de la vérité du fait opère votre Excuse en operant votre justification.

Les Excuses atténuantes ne produisent pas le même effet ; elles servent seulement à atténuer le crime, et à soustraire l'accusé aux rigueurs de la loi, sans néanmoins le soustraire à toute peine quelconque.

[[II. Dans nos nouvelles lois, le mot *Excuse* n'est plus employé que dans le sens que l'ancienne jurisprudence attachait aux expressions, *Excuse atténuante*.

Ainsi, on ne peut pas appliquer au cas où un accusé est déclaré par le jury auteur du fait, mais non convaincu de l'avoir commis méchamment et à dessein de nuire, la disposition de l'art. 646 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, par laquelle il est dit que « lorsque le jury a déclaré que le fait de l'Excuse proposée par l'accusé est prouvé, s'il s'agit d'un meurtre, le tribunal criminel prononce, ainsi qu'il est réglé par l'art. 9 de la sect. 1 de la 2e partie du Code penal ; s'il s'agit

Digitized by Google

ses enfans. — La cour de justice criminelle ayant égard à ces exceptions, propose au jury, à la suite des questions ordinaires, celles de savoir « s'il a existé, relativement à Fontaine, des traits de nature à déterminer un homme raisonnable à un second mariage, sachant la non-dissolution du premier; si en conséquence de ces faits, Fontaine a contracté de bonne foi le second mariage, quoiqu'il sût que le premier n'était pas dissous ». — Le jury fait à toutes ces questions des réponses défavorables à Fontaine; et il intervient arrêt qui condamne celui-ci à douze années de fers. — Il se pourvoit en cassation, et sans succès : par arrêt du 25 frimaire an 12, au rapport de M. Seigneurie, son recours est rejeté.—Mais en même temps, « le tribunal de cassation a vu dans les deux questions (que l'on vient de rappeler) la supposition immorale et subversive de l'ordre social, qu'il pouvait y avoir des circonstances capables d'autoriser un homme raisonnable à un second mariage sachant la non-dissolution du premier; et qu'en sachant cette non-dissolution, il pouvait encore contracter le second de bonne foi ». Ce sont les termes du bulletin criminel de la cour de cassation. — En conséquence, « vu l'art. 456 du Code des délits et des peines; attendu que la septième question proposée au jury de jugement, qui présente comme une Excuse admissible, des faits de nature, est-il dit, à déterminer un homme raisonnable à un second mariage, sachant la non-dissolution du premier; et la huitième qui fait résulter de ces faits l'exception de bonne foi, offrent une Excuse qui n'est point dans la loi; qu'en donnant ainsi une explication arbitraire de ces mots, *exceptions de bonne foi*, qui se trouvent dans l'art. 33 de la 1ère sect. du tit. 2 de la seconde partie du Code pénal, le tribunal criminel a créé une nouvelle exception et commis une usurpation de pouvoir; la bonne foi dont parle la loi, consistant, non dans les motifs, quelques forts qu'ils soient, qui peuvent déterminer à un second mariage pendant l'existence du premier, mais dans l'opinion raisonnable, fondée sur de très fortes probabilités, qui portent à croire à la dissolution du premier mariage; le tribunal faisant droit au réquisitoire du substitut du commissaire du gouvernement, et pour l'intérêt de la loi, casse la position des septième et huitième questions dont il est parlé ci-dessus ».]]

Au surplus, quoique la bonne foi, lorsqu'elle est bien caractérisée, soit suffisante pour soustraire un accusé aux peines publiques, elle ne le soustrait pas toujours aux réparations civiles que son délit, quoique matériel, peut entraîner; ainsi, quoiqu'un chirurgien, par exemple, m'ait traité de bonne foi, si, par son impéritie, il m'est survenu des accidens incurables, il n'en sera pas moins tenu à des dommages-intérêts envers moi, suivant que les circonstances l'exigeront; car s'il m'a estropié, il est égal pour moi qu'il l'ait fait de bonne ou de mauvaise foi.

2°. *L'ignorance.* Quoique personne ne soit présumé ignorer ce qui est défendu par la loi, il faut pourtant convenir que, dans le fait, il se trouve nombre de gens grossiers fort éloignés de savoir tout ce que la loi civile défend. C'est aux juges à entrer dans quelque examen à cet égard, et à user plus ou moins d'indulgence, suivant qu'il paraît plus ou moins que l'accusé ignorait ou n'ignorait pas la loi, et suivant que la loi elle-même s'écarte plus ou moins, dans les choses qu'elle condamne, de la loi naturelle, qui est la seule sur laquelle on ne puisse alléguer d'ignorance excusable. — [[Mais *V. Ignorance.*]]

3°. *La colère.* Les gens d'un caractère doux et tranquille ne conçoivent pas aisément tout ce dont un homme est capable quand il est dans les transports de la fureur; mais il suffit d'avoir fait la malheureuse expérience de cette passion, pour être bien convaincu que, dans les momens où l'on est aux prises avec elle, la modération, la sagesse, la raison s'évanouissent; ce n'est plus l'ame qui maîtrise les sens, ce sont les sens aveugles et enflammés qui agitent le corps et le portent à ces excès dont on veut que l'ame soit responsable.

Pour savoir quels égards on doit avoir à la colère, il faut remonter au principe qui y a donné lieu. Si celui qui en a été l'objet, l'a provoquée sans raison, il ne doit, en quelque sorte, que s'imputer à lui-même les effets qui en ont été la suite. Si, au contraire, il n'a rien à se reprocher, l'homme colère qui s'est oublié, ne saurait trouver d'Excuse dans l'injuste fureur à laquelle il s'est livré.

Observez que la présence d'une personne qui nous renouvelle des douleurs amères, est souvent bien propre à faire excuser les transports d'indignation qu'elle peut occasionner. Un fils, par exemple, ne peut guère voir le meurtrier de son père sans se sentir des mouvemens de vengeance difficiles à contenir. Des juges éclairés doivent entrer dans toutes ces considérations, et bien d'autres qu'il serait trop long de détailler; c'est dans ces cas-là qu'ils sont les juges de l'humanité; chacun d'eux peut dire : *homo sum, nihil humani à me alienum puto.*

[[En fait d'homicide, le Code pénal du 25 septembre 1791, part. 2, tit. 2, sect. 1, art. 9, veut qu'on réduise à dix années de gêne la peine encourue par le coupable, *lorsqu'il y a eu provocation violente*, autrement néanmoins que *par injures verbales.* Mais hors ce cas, les juges ne peuvent plus modérer la peine prononcée par la loi : ce pouvoir est exclusivement reservé à l'Empereur dans son conseil privé. *V. Grace.*]]

4°. *L'ivresse.* Il est étonnant que la plupart des docteurs aient disserté aussi sérieusement qu'ils l'ont fait, pour savoir si l'ivresse pouvait servir d'Excuse en matière de délit; il leur était facile de s'entendre et d'être d'accord à cet égard. L'ivresse elle-même est une espèce de delit public, dont la punition est réservée à la sagesse du juge (1); de

(1) Une ordonnance de François I, du 31 août 1536, porte que si quelqu'un commet un crime dans l'ivresse,

mettent des délits, ne sauraient être traitées suivant les rigueurs de la loi. — On trouve au Journal des audiences, un arrêt du 16 mars 1630, qui infirme un decret de prise de corps decerné contre un impubere de onze ans et demi, qui avait tué un de ses camarades d'un coup de pierre. — Quand même on aurait passé les douze ou les quatorze ans, s'il paraît qu'on n'avait pas encore toute la raison necessaire pour discerner le bien ou le mal, ou pour apercevoir toutes les suites d'une mauvaise action, on merite une certaine indulgence. Le fameux Cartouche avait un frere qui répondait à merveille aux leçons qu'on lui donnait pour devenir un insigne voleur : ce jeune homme n'avait que quinze ans, lorsqu'il fut pris pour differens vols qu'il avait déjà commis; le parlement ne voulut point le condamner à mort à raison de la faiblesse de son âge, mais il ordonna, par arrêt du 30 juillet 1722, qu'il serait pendu sous les aisselles, ce qui fut exécuté. Il avait déjà été rendu un arrêt semblable dans cette même cour le 22 décembre 1682, contre un petit garçon de la Ferte-Bernard, pour avoir mis du poison dans un pot par ordre de son père, ce qui avait causé la mort à quatre personnes. Il y a néanmoins plusieurs exemples de condamnation à mort prononcée contre des impubères ; mais ces exemples sont anciens; l'un est du mois d'octobre 1606, et l'autre du mois de janvier 1607; il s'agissait d'ail-

et quelquefois même plus coupable que tout autre particulier qui aurait commis le même crime; mais ces considérations peuvent influer essentiellement sur son sort. — En vain quelques uns voudraient-ils qu'à l'exemple de ce qui se passe chez les autres nations, les magistrats n'eussent à considérer que le crime et la loi, et qu'en prenant le crime pour ce qu'il est matériellement, on n'eût d'autre mesure pour le punir que le texte matériel de la loi : d'abord il n'est guère possible d'avoir une loi précise sur chaque espèce de délit; en second lieu, un délit peut singulierement differer d'un autre délit de la même nature, et cette difference peut naître de mille circonstances toutes differentes les unes des autres; en troisième lieu, il répugne à l'équité que celui que la crainte ou le besoin portent à commettre un délit, soit puni aussi sévérement que celui qui le commet sans nécessité, et par une suite de la malheureuse habitude du vice dans laquelle il est plongé; inconvenient cependant qui, dans ce cas et bien d'autres, serait inévitable, si les juges, comme on le prétend, ne devaient jamais avoir d'autre régle sous les yeux que celle d'une loi qui ne prononce que sur le crime en lui-même, sans entrer dans aucune des nuances qui peuvent le rendre plus ou moins énorme, et plus ou moins répréhensible.

[[Le vœu philosophique contre lequel s'élève ici fort mal à propos l'auteur de cet article, a été ex-

tion du tit. 1 de la seconde partie du Code pénal, ne dit pas que le meurtre *sera* excusable, mais qu'il pourra être déclaré tel, lorsqu'il sera la suite d'une provocation violente. — Il étoit donc indispensable de proposer aux jurés la question de l'excusabilité; et en l'omettant, le tribunal criminel a violé ouvertement les art. 373, 374 et 380 du Code des délits et des peines, qui veulent que toutes les questions sur la moralité du fait, soient posées, à peine de nullité.

» Déjà le tribunal de cassation a annullé, dans un cas semblable à celui-ci, un jugement du tribunal criminel d'Ile-et-Vilaine, du 25 nivose an 6, rendu contre Joseph Gonin. Le jugement de cassation est du 24 ventose de la même année, et il est motivé expressément sur ce qu'après la question de savoir si le meurtre était la suite d'une provocation violente, on n'avait pas posé celle de savoir si l'accusé était excusable; ce qui avait amené une déclaration de jury d'après laquelle l'article 9 ne se trouvait plus d'application.

» Le même vice se trouve évidemment dans la déclaration du jury relative à Zandor; et il paraît que le tribunal criminel du département de l'Yonne s'en est aperçu après coup, puisqu'après avoir posé et fait résoudre affirmativement la question si le meurtre était la suite d'une provocation violente, question qu'il avait évidemment calquée sur l'art. 9, il n'a cependant pas osé appliquer ce même article; mais par-là même, il s'est trouvé dans un très grand embarras : car, d'un côté, il se trouvait obligé d'appliquer l'art. 8, et cependant il ne pouvait pas se dissimuler que c'était par sa faute, que c'était pour n'avoir pas posé la question de l'excusabilité, qu'il ne pouvait pas réduire à dix années de gêne en vertu de l'art. 9, les vingt années de fers auxquelles il se voyait forcé de condamner l'accusé. — Pour se tirer de cet embarras, qu'a-t-il fait? Il a fermé le Code pénal, il a ouvert le Code correctionnel, et il a appliqué à un meurtre la peine qui n'est établie que pour des blessures sans suite et de simples coups; c'est-à-dire, que pour éviter un jugement qui, par sa faute, aurait été injuste, quoique nécessaire, il a rendu un jugement ridicule; car il est souverainement ridicule de voir Zandor condamné à six mois d'emprisonnement et à 500 francs d'amende, pour avoir tué un homme, tandis que s'il lui avait seulement cassé un bras ou une jambe, il aurait fallu, d'après l'art. 22 de la section citée du Code pénal, le condamner à 3 années de détention.

» Il n'y a qu'un moyen de faire disparaître une incohérence aussi choquante, c'est de remonter à son principe et de la saper par sa base.

» Nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de casser et annuller, 1°. la position des questions, et par suite la déclaration du jury de jugement, comme contrevenant, par leur silence sur l'excusabilité de l'accusé, aux art. 373, 374 et 380 du Code des délits et des peines; 2°. le jugement définitif du 16 pluviose an 8, comme contenant une fausse application de l'art. 13 du tit. 2 de la loi correctionnelle du 22 juillet 1791 ».

Arrêt du 27 floréal an 8, au rapport de M. Bayart, par lequel, — « Vu les art. 373 et 374 du Code des délits et des peines; vu aussi l'art. 9 de la 1re section du tit. 2 de la 2e partie du Code pénal; — Considérant, 1°. que le délit dont Michel Zandor était accusé, était un meurtre; que cependant le tribunal criminel du département de l'Yonne n'a point posé la question de moralité indiquée par la loi, tendante à savoir si l'homicide dont il s'agit avait été commis volontairement, par Michel Zandor, mais seulement celle de savoir s'il avait porté volontairement un coup à l'homicide, et que par suite, la dernière question tendante à savoir si Zandor, en frappant l'homicidé, avait eu l'intention de le tuer, a pu induire les jurés en erreur; — Considérant 2°. que d'après les termes de l'article cité du Code pénal, qui porte que dans le cas qu'il prévoit, l'accusé *pourra être*, et non pas, *sera déclaré excusable*, après avoir posé la question relative à la provocation violente, le tribunal criminel du département de l'Yonne devait en poser une seconde sur le point de savoir si la provocation violente dont il s'agissait, rendait l'accusé excusable ou non; — Le tribunal casse et annulle la position des questions dans l'affaire de Michel Zandor, et par suite les débats, la déclaration du jury de jugement et le jugement.... »

Je ne crois pas que la question se soit représentée depuis cet arrêt; mais je dois le dire, en l'examinant aujourd'hui de nouveau, je trouve qu'elle aurait dû être résolue dans un sens absolument opposé à celui que j'ai moi-même contribué à faire prévaloir.

En effet, la loi en forme d'instruction, du 29 septembre 1791, est à la vérité abrogée comme loi par l'art. 594 du Code du 3 brumaire an 4, mais elle n'en est pas moins un commentaire infiniment respectable de la loi du 16 septembre 1791, dont ce Code n'a fait, en grande partie, que renouveler les dispositions. Or, après avoir dit que « l'accusé peut avoir donné la mort dans un mouvement impetueux, dans lequel il a été précipité par une provocation plus ou moins capable de troubler sa raison, d'exciter en lui une passion violente et de lui ravir l'usage libre de sa volonté »; cette loi ajoute : « C'est particulièrement aux faits de cette nature que se rapporte la prononciation, *excusable*, mesure juste et salutaire qui fait concourir l'equité avec la justice; précaution nécessaire dans toute législation qui ne veut pas être inhumaine. Les lettres de grace étaient destinées à remplir cet objet dans l'ancien regime; mais cette manière de distribuer le remède d'equité était si partiale, si inégale, si indulgente pour le crime protégé, si inofficieuse pour le malheur sans appui, que l'inflexible justice eût paru moins dure au grand nombre qu'une clemence si injurieusement repartie. Mais nous traiterons séparément de la prononciation d'*excusable*, qui doit être l'objet d'une délibération ré-

Digitized by Google

constaté, par un procès-verbal en forme légale, qu'il avait été trouvé sur le navire *la Paix*, des marchandises prohibées par la loi du 10 brumaire, et à l'importation desquelles s'appliquait l'art. 15 de cette loi; — Que dès-lors, les dispositions de cet article devaient être suivies par ces tribunaux, et les condamnations qu'il ordonne, prononcées par eux; — Que cet article ne fait point de distinction entre les contrevenans et les délinquans; — Que ces deux expressions sont au contraire synonymement employées dans sa lettre et dans son esprit; — Qu'elles le sont même dans toutes les lois pénales; — Que c'est dans ce sens que l'art 1er de la loi du 3 brumaire an 4 dit que celui qui fait ce que la loi défend, commet un délit;—Qu'en matière de contravention aux lois des douanes, il n'est point permis aux juges de rechercher l'intention et la bonne foi des contrevenans; — Qu'ils ne doivent examiner que les faits, les rapprocher de la loi à laquelle il a été contrevenu, et appliquer la peine qu'elle ordonne; sauf aux condamnés à se pourvoir, s'il y a lieu, devant l'autorité administrative supérieure, dans les cas, suivant le mode et dans l'objet déterminés par la législation des douanes; — Que ce principe résulte de l'art. 4 du tit. 12 de la loi du 22 août 1791, et des lois postérieures; — Qu'il a été rappelé aux tribunaux, par le ministre de la justice, ainsi qu'il conste par la lettre de ce ministre au ministre des finances, sous la date du 6 floréal an 4; — Que le tribunal criminel du département de la Dyle, en confirmant un jugement qui avait posé des distinctions contraires à la loi, et accueilli des exceptions de bonne foi, là où le fait de la contravention était constant, a violé les lois fondamentales des douanes, et spécialement l'art. 15 de la loi du 10 brumaire an 5, ci-dessus cité; — Par ces motifs, le tribunal casse et annulle.... »

IX. En est-il de même dans les matières de droits réunis, d'octroi, d'enregistrement, et lorsqu'il est question de menace d'incendie? *V. Enregistrement (droit de,)* §. 34, et *Intention*.]]

XI. Dans le cas où un accusé peut être déclaré excusable, le complice de l'accusé principal doit-il nécessairement profiter de l'excuse admise en faveur de celui-ci? La négative est établie par deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 20 fructidor an 12, rapporté dans mon *Recueil des Questions de droit*, tome 8, page 683; l'autre du 19 novembre 1807, rapporté à l'article *Faux témoignage*, n. 9.]]

X. *Excuse* se dit aussi quelquefois en parlant des raisons que l'on a pour se dispenser d'accepter une commission, comme celle de tuteur, [[ou les fonctions momentanées de jurés.]] — Ce même mot se dit encore des raisons que l'on propose pour être dispensé de comparaître sur une assignation devant le juge, ou du moins pour avoir un plus long délai que celui dans lequel on est cité devant lui; et dans ce sens, ce mot a la même signification que celui d'*Excoine*; mais ce dernier est plus usité. *V. Excoine*. (M. Dareau.)*

[[*V.* aussi *Juré* et *Tuteur*.]]

*EXEAT. Terme emprunté du latin, et dont on se sert en français pour exprimer la permission par écrit qu'un évêque donne à un ecclésiastique, son diocésain, pour aller faire dans un autre diocèse les fonctions de son ministère.

Un ecclésiastique qui voyage sans être muni de cette permission, peut, sous les rapports canoniques, être regardé comme vagabond. Un arrêt du parlement de Paris, du 19 mars 1670, a déclaré des chanoines de Nevers non recevables en l'appel comme d'abus par eux interjeté de l'ordonnance de l'évêque de Nevers, par laquelle il avait défendu aux curés et aux ecclésiastiques de son diocèse de recevoir aucun prêtre séculier ou régulier pour la célébration de la messe, administration des sacremens, et annoncer la parole de Dieu, sans sa permission par écrit, on celle de son vicaire-général, à peine de quinze livres à aumôner. (M. Desessarts.)*

[[*V.* la loi du 18 germinal an 10, art. 33 et 34.]]

*EXÉCUTEUR DE LA HAUTE-JUSTICE. C'est celui qui est préposé pour mettre à exécution les jugemens portant condamnation à mort ou à quelque peine afflictive. On l'appelle autrement *bourreau*, ou *maître des hautes-œuvres*.

Les Israélites n'avaient point de bourreau en titre: les sentences de mort devaient être exécutées par tout le peuple, ou par les accusateurs du coupable, ou par les parens de l'homicidé, si la condamnation était pour homicide, ou par d'autres personnes semblables, selon les circonstances. Le prince donnait souvent à ceux qui étaient auprès de lui, et surtout aux jeunes gens, la commission d'aller mettre quelqu'un à mort: on en trouve nombre d'exemples dans l'écriture; et loin qu'il y eût aucune infamie attachée à ces exécutions, chacun se faisait un mérite d'y avoir part.

Chez les Grecs, le bourreau n'était point méprisé, puisqu'Aristote le met au nombre des magistrats: il ajoute même que, par rapport à la nécessité, son office doit être regardé comme un des principaux.

Chez les Romains, c'étaient les licteurs qui exécutaient les criminels.

Adrien Beyer, pensionnaire de Rotterdam, a fait voir qu'autrefois les juges exécutaient souvent eux-mêmes les condamnés, ce qu'il justifie par plusieurs exemples tirés de l'histoire sacrée et profane; qu'en Espagne, en France et en Italie, lorsque plusieurs étaient condamnés au supplice pour un même crime, on donnait la vie à celui qui voulait bien exécuter les autres; qu'on voit encore au milieu de la ville de Gand deux statues d'airain, d'un père et d'un fils convaincus du même crime, où le fils servit d'exécuteur à son père; qu'en Allemagne, avant que cette fonction eût été érigée en titre d'office, le plus jeune de la communauté ou du corps de ville en était chargé; qu'en Franconie, c'était le nouveau marié; qu'à Gutlingue, ville impériale de Suabe, c'était le conseiller dernier

Digitized by Google

art. 7.]]

Il y a huit principaux chefs à considerer dans les executions testamentaires ; savoir, la qualité des Exécuteurs, les biens dont ils sont saisis, l'inventaire qu'ils doivent faire, la vente des meubles, le paiement des legs et des frais funeraires, les procés à soutenir à l'occasion du testament, le temps que dure l'exécution, et la reddition du compte.

II. C'est au testateur à nommer les Executeurs Testamentaires : s'il n'en a point nommé, les coutumes ne suppléent point cette nomination, et l'on ne voit point d'exemple que les juges en nomment d'office ; mais quand ceux qui ont été nommés par le testateur, ne veulent pas accepter cette charge, il y a des coutumes [[aujourd'hui abrogées]], comme celle de Meaux, et les chartes generales du Hainaut, qui permettent au juge de leur substituer d'autres personnes, sur-tout lorsque les heritiers ne veulent pas se charger d'exécuter le testament dans l'an et le jour, et donner caution à cet effet. La raison pour laquelle on ne nomme point d'Executeurs Testamentaires au defaut du testateur, c'est C'est la disposition de l'art. 14 du chap. 32 des chartes générales du Hainaut, et un arrêt du parlemrnt de Paris, du 26 avril 1635, rapporté dans la *Bibliothèque civile* de Bouchel, au mot *Exécution*, a jugé qu'elle est de droit commun.]

[[Cette observation est aujourd'hui sans objet. Les ecclesiastiques n'ont plus de privilege en matière de juridiction.]]

Quelquefois le testateur nomme des Exécuteurs Testamentaires honoraires, c'est-à-dire, qui ne sont obligés que de veiller à ce que le testament s'exécute, sans être chargés de l'executer eux-mêmes : dans ce cas, ceux à qui l'execution est confiée, sont seuls comptables ; et on peut les appeler *Exécuteurs Testamentaires onéraires*, pour les distinguer des autres.

L'execution testamentaire n'étant pas une charge publique, on ne peut forcer personne à l'accepter.

[C'est ce qui est nettement décide par la loi 12, §. 4, D. *de religiosis et sumptibus funerum*. C'est aussi ce que supposent ces termes de l'art. 27 du chap. 32 des chartes générales du Hainaut : « Si les

Digitized by Google

D'autres, comme celle de Sens, ajoutent qu'il sera saisi des meubles et conquêts immeubles.

Selon d'autres, comme celle de Nivernais, s'il n'y a point de meubles dans la succession du testateur, l'Exécuteur Testamentaire doit demander en justice aux héritiers du défunt, qu'ils fouruissent des deniers ou des meubles ; s'ils *sont délayans ou refusans*, il peut, avec la permission du juge, qui ne doit point être refusée, vendre à faculté de rachat les immeubles du défunt; et s'il ne se trouve personne qui les veuille acheter à cette charge, il les peut vendre simplement.

Il y a des coutumes qui ne permettent pas à l'héritier de demeurer en possession des meubles, même en donnant caution d'accomplir le testament; mais *en baillant à l'Exécuteur argent ou biens exploitables pour accomplir le testament*, il peut avoir main-levée du reste des biens.

Dans les coutumes qui n'attribuent pas expressément à l'héritier la faculté de retenir les meubles en donnant de l'argent à l'Exécuteur Testamentaire jusqu'à concurrence des legs, on lui peut donner ou refuser la même grace, suivant les diverses circonstances. Par exemple, dans une succession opulente, où il y aurait des meubles précieux pour des sommes considérables, point de dettes passives, et très peu de legs, si l'héritier offrait plus de meubles qu'il n'en faut pour l'exécution du testament, on n'écouterait pas l'Exécuteur qui voudrait être saisi de tous les meubles; cela passerait pour une vexation; il en serait de même si les héritiers offraient de mettre entre les mains de l'Exécuteur, des deniers non sujets à être saisis par des créanciers; en un mot, il faut suivre en cela l'esprit des coutumes, qui n'est autre que de donner aux légataires une sûreté d'être promptement payés de leurs legs, telle qu'ils la peuvent avoir sur les espèces de biens que les coutumes leur ont désignés et affectés.

[[« Il (le testateur) pourra leur donner la saisine du tout ou seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer au-delà de l'an et jour à compter de son décès. S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger ». *Code Napoléon*, art. 1026.

« L'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux Exécuteurs Testamentaires une somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement ». *Ibid*, art. 1027.]]

IV. Les Exécuteurs Testamentaires sont obligés de faire faire inventaire le plus promptement qu'ils peuvent. Pour la solemnité de l'inventaire, la coutume ne demande qu'une chose, c'est que les héritiers présomptifs soient présens ou dûment appelés. [[*V.* le Code Napoléon, art. 1031; le Code de procédure, art. 942 et 992, et *Inventaire*.]]

L'Exécuteur Testamentaire peut nommer les officiers qu'il juge à propos pour procéder à l'inventaire et à la prisée des meubles et effets qui y sont sujets ; c'est pourquoi le notaire et l'huissier priseur qu'il a choisis, ne pourraient pas être exclus par un choix différent que les héritiers auraient fait. A Paris, lorsqu'il s'élève des contestations sur une pareille nomination, le notaire et l'huissier priseur choisis par l'Exécuteur testamentaire, restent en fonction, et les héritiers ne peuvent entre eux tous choisir qu'un seul notaire pour faire l'inventaire avec celui de l'Exécuteur Testamentaire, et un huissier priseur pour faire la prisée, attendu qu'il ne peut pas y avoir plus de deux notaires et deux huissiers priseurs. [[*V.* le Code de procédure, art. 935, et *Inventaire*.]]

Si l'Exécuteur Testamentaire s'était mis en possession des meubles sans faire inventaire, on doit alors permettre à l'héritier qui n'y a pas consenti, de faire preuve de la qualité et valeur des meubles du défunt, suivant la commune renommée, c'est-à-dire que quoique les témoins ne déposent que de ce qu'ils ont entendu dire, cela ne laisse pas de faire une espèce de preuve sur laquelle les juges ont coutume de déférer le serment à l'héritier jusqu'à une certaine somme. [[*V. Serment in litem*.]]

Le testateur peut décharger les Exécuteurs de l'obligation de faire inventaire, pourvu qu'ils soient du nombre de ceux à qui il peut léguer, et qu'il n'y ait point de dettes dans la succession; car s'ils étaient du nombre de ceux à qui le testateur ne peut léguer, cette décharge pourrait passer pour un avantage indirect; et s'il y a des dettes, l'héritier a intérêt qu'il y ait inventaire, parcequ'alors il se peut tenir à la portion des biens que la coutume lui réserve. [[ou n'accepter la succession qu'en qualité d'héritier bénéficiaire.]]

V. Après l'inventaire, l'Exécuteur Testamentaire doit faire vendre les meubles; la vente en doit être publique, et l'héritier y doit être appelé pour éviter les soupçons de fraude et de collusion.

Il faut néanmoins observer que s'il y a beaucoup plus de meubles qu'il n'en faut pour exécuter le testament, les héritiers peuvent empêcher qu'on ne les vende tous, parcequ'ils sont en droit de retenir le surplus; ils peuvent même indiquer les meubles qu'ils veulent qu'on vende, pourvu qu'ils soient suffisans; en un mot, tout se doit passer équitablement de part et d'autre.

[[Suivant l'art. 1031 du Code Napoléon, les Exécuteurs Testamentaires ne peuvent provoquer la vente du mobilier, qu'à défaut de deniers suffisans pour acquitter les legs.]]

VI. Les meubles vendus, l'Exécuteur doit procéder au paiement des legs; mais il faut qu'il avertisse l'héritier, parcequ'il pourrait avoir de justes raisons de contester les legs, soit par l'incapacité des légataires, ou parceque le testateur aurait disposé de plus qu'il ne pouvait; et la peine de l'Exécuteur qui aurait payé les legs sans appeler l'héritier, serait d'être responsable en son propre et privé nom, si les legs venaient à être cassés ou modérés.

La charge de l'Exécuteur Testamentaire n'est point de payer les dettes à moins qu'elles ne soient

Le compte peut être rendu à l'amiable, ou devant des arbitres; et si les parties ne sont pas d'accord à cet égard, l'Exécuteur Testamentaire peut être poursuivi, pour qu'il ait à rendre son compte devant le juge.

Les coutumes et les anciennes ordonnances ne sont pas d'accord sur le juge devant lequel le compte doit être rendu : les unes veulent que ce soit le juge royal; d'autres admettent la concurrence et la prévention entre les juges royaux et ceux des seigneurs; quelques coutumes en donnent la connaissance au juge d'église, soit exclusivement, ou par prévention.

Présentement les juges d'église ne connaissent plus de ces matières; et suivant l'ordonnance de 1667, le comptable doit être poursuivi devant le juge qui l'a commis, ou, s'il n'a pas été nommé par justice, devant le juge de son domicile. — [[Même disposition dans le Code de procedure civile, art. 527.]]

Le compte d'un Executeur Testamentaire consiste, comme tous les autres, en recette, depeuse et reprise. La recette doit être composée de ce qui est rapporté dans l'inventaire et dans le procès-verbal de vente; en un mot, de tout ce que l'Exécuteur a reçu, soit en argent ou autres effets. La depense doit être composée de toutes les dépenses que l'Exécuteur a faites, tant pour les frais funéraires, que pour ceux de l'inventaire, de la vente des meubles, et des procès qu'il a été obligé d'essuyer. — Il y a des coutumes, comme celle de Bourbonnais, qui veulent qu'il soit cru à son serment pour les frais du couvoi, des aumônes et des messes celebrées. Il y a lieu de dire la même chose pour les autres menus frais dont la preuve est difficile, parceque le testateur, en le nommant, a suffisamment reconnu sa probité. — La dépense est aussi composée du paiement des dettes, si l'Exécuteur Testamentaire a été obligé d'en payer; mais la principale dépense consiste dans le paiement des legs, dont il doit rapporter des quittances, aussi-bien que des dettes, pour servir à la décharge de l'heritier. — Il y a quelques coutumes qui permettent aux Exécuteurs Testamentaires d'employer des salaires et vacations dans la dépense de leurs comptes; mais *V.* ci-dessus, n. 2.

[[Le Code Napoléon porte, art. 1034, que « les frais faits par l'Exécuteur Testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession ».]]

Après que l'Exécuteur Testamentaire a rendu son compte, il est obligé de remettre entre les mains de l'héritier les effets qu'il a de reste, et de lui payer le reliquat du compte, sans pouvoir retenir le fonds des legs qui ne sont pas encore échus. Mais si l'Exécuteur a fait des avances pour le paiement des legs, il peut, pour sa sûreté, retenir les meubles, du moins jusques à concurrence de la valeur de ce qui lui est dû.

Si l'Exécuteur Testamentaire a été nommé par justice [[ou n'en nomme plus de cette manière]], on qu'il ait accepté la commission par un acte authentique, il y a de ce jour hypothèque sur ses biens, [[si elle a été stipulée avec désignation spéciale des immeubles sur lesquels elle doit porter, *V. Hypothèque*]]; autrement l'hypothèque n'est acquise contre lui que du jour des condamnations. [[et encore n'a-t-elle son effet, dans ce cas, comme dans le précédent, que du jour de l'inscription au bureau des hypothèques. *V. Inscription hypothécaire.*]] — Il en est de même de l'hypothèque qu'il peut avoir sur les biens de la succession. (M. Guyot.)*

* EXÉCUTION DES JUGEMENS CIVILS. C'est l'action d'exécuter ces jugemens.

On appelle *Exécution définitive* l'accomplissement pur et simple des dispositions renfermées dans un jugement, sans qu'il y ait lieu d'y rien changer dans la suite, à la différence de l'*Execution provisoire* qui peut être révoquée par le jugement definitif. Nous parlerons de celle-ci dans un article séparé.

I. Tous les juges en général, soit de première instance ou d'appel, connaissent de l'Exécution de leurs arrêts ou jugemens; lorsqu'il s'agit de les interpréter: mais à l'exception de ce cas, l'Exécution des arrêts et sentences rendus par les cours, par les présidiaux, les bailliages ou autres juges d'appel, appartient aux premiers juges, soit que les sentences aient été confirmées sur l'appel ou qu'elles aient été infirmées. C'est ce qui résulte de l'art. 179 de l'ordonnance de Blois.

[[Cette règle n'était pas admise par-tout avant le Code de procedure civile.

Dans tous les lieux où l'ordonnance de Blois ne faisait pas loi, on tenait pour maxime, qu'en cas d'infirmation d'une sentence, l'Exécution appartenait au juge supérieur.

A l'égard du cas où la sentence était confirmée, l'opinion la plus générale était que l'Exécution appartenait au premier juge.

Cependant même en ce cas, on tenait au grand conseil de Malines et au parlement de Douai, que le juge superieur pouvait se reserver l'Exécution; et même qu'il était au pouvoir de la partie au profit de laquelle avait été rendue la sentence confirmée par un arrêt, d'exécuter l'arrêt au lieu de la sentence. *V.* Dulaury, §. 7; et le président Desjaunaux, tome 1, §. 17.

Mais l'art. 472 du Code de procédure civile établit là-dessus une règle uniforme pour toute la France. « Si le jugement est confirmé (porte-t-il), l'Exécution appartiendra au tribunal dont est appel : si le jugement est infirmé, l'Exécution entre les mêmes parties, appartiendra à la cour d'appel qui aura prononcé, ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt; sauf les cas de la demande en nullité d'emprisonnement, en expropria

Le jugement doit être exécuté le jour même qu'il a été prononcé. Cette disposition de l'ordonnance a été dictée par l'humanité, parceque le supplice d'un criminel est censé commencer au moment même où on lui a donné connaissance de sa condamnation. — [[Mais *V. Cassation*, §. 6, n.5 et 6.]]

Observez toutefois que si le criminel arrivé au lieu du supplice, ou même immédiatement après la prononciation du jugement, faisait des déclarations qui donnassent lieu à des procédures avec d'autres accusés, l'Exécution pourrait être différée jusqu'au lendemain et même plus long-temps; mais aussitôt que la nouvelle instruction serait terminée, il faudrait procéder sans délai à l'Exécution du jugement, quand même elle tomberait un jour de fête solennelle. Cela est conforme à la loi 10, *C. de feriis.* [[*V. Fêtes.*]]

Si une femme condamnée à mort déclare être enceinte, le juge doit ordonner qu'elle sera visitée par des matrones; et si la déclaration se trouve vraie, l'Exécution doit être différée jusqu'après l'accouchement. C'est ce qui résulte de l'art. 23 du tit. 25 de l'ordonnance de 1670.

Si la grossesse est incertaine, il faut différer jusqu'à ce qu'on soit assuré que la femme n'est pas enceinte. — Basnage, sur l'art. 143 de la coutume de Normandie, observe qu'on doit même éviter de prononcer le jugement de condamnation à la femme qui est enceinte.

La disposition de l'art. 23 qu'on vient de citer doit s'étendre aux femmes enceintes qui sont condamnées au fouet, sur-tout lorsque la grossesse est avancée.

[[Les lois nouvelles ont été plus loin. *V. Grossesse.*]]

Quelquefois les juges font différer l'Exécution du jugement lorsqu'ils voient que l'accusé est dans le cas d'obtenir grace; et ils arrêtent que cette grace sera demandée au roi ou à M. le chancelier. Il y en a plusieurs exemples. — [[Mais *V. Grace.*]]

Lorsque le criminel vient à mourir après la condamnation prononcée contre lui, elle ne doit point être exécutée.

Doit-il en être de même lorsque le criminel devient fou après la condamnation? *V. Démence.*

Papon cite un arrêt du parlement de Paris du 15 février 1518, qui a jugé qu'une fille publique pouvait sauver la vie à un criminel condamné à mort, en offrant de l'épouser. Boerius dit à ce sujet qu'il a vu plusieurs fois observer cette règle à l'égard des filles ravies, lorsqu'elles consentaient à épouser leurs ravisseurs; mais qu'il n'a jamais vu qu'on la pratiquât envers les autres criminels condamnés à mort: en effet, si cela avait lieu, les jugemens de condamnation à mort ne s'exécuteraient que très rarement. L'arrêt cité par Papon, ne peut donc pas faire loi; et comme le remarquent fort bien Jacob de Bellovisu dans sa *Pratique criminelle*, et Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, les juges n'ont pas le pouvoir de sauver ainsi un criminel du supplice. Expilly rapporte un arrêt du 6 avril 1660, par lequel le parlement de Grenoble débouta deux filles des offres qu'elles avaient faites d'épouser deux hommes condamnés à mort.

Les jugemens de condamnation à quelque peine capitale ou afflictive, doivent être exécutés sur le lieu où le crime a été commis, à moins que, par des considérations particulières, les cours n'aient jugé à propos d'en ordonner autrement. C'est ce qui résulte de l'art. 16 du tit. 26 de l'ordonnance de 1670. — Les cas les plus ordinaires où les cours ne renvoient pas les criminels sur les lieux pour y être exécutés, sont lorsque la sentence du premier juge est infirmée, ou qu'il y a lieu de craindre qu'on ne les enlève en route par violence, ou quand de plusieurs accusés il n'y en a qu'un seul de jugé, et qu'on veut surseoir au jugement des autres pour savoir s'il les chargera.

[[L'art. 445 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, veut que, dans tous les cas, l'Exécution se fasse sur une des places publiques du lieu où le tribunal criminel (qui a prononcé la condamnation), tient ses séances.]]

Les Exécutions doivent se faire en public, et jamais dans les prisons ni dans d'autres endroits particuliers, à moins que le roi ne l'ait ainsi permis ou ordonné, comme cela se fit à l'égard du maréchal de Biron, qui avait été condamné, par arrêt du 29 juillet 1602, à avoir la tête tranchée en place de Grève. Ses parens présentèrent une requête au roi pour obtenir que l'Exécution ne se fît point en public, et cette grace leur fut accordée. Sa majesté fit expédier des lettres portant qu'en leur faveur l'Exécution serait faite à la Bastille.

A cause de l'exemple, les Exécutions doivent se faire de jour et non de nuit. Cependant on s'écarte de cette règle en quelques cas, comme quand le coupable a plusieurs déclarations à faire, ou qu'il s'agit de le confronter à quelque accusé: on fait alors l'exécution aux flambeaux.

Le juge doit être présent à l'Exécution. A Paris, le lieutenant criminel y assistait autrefois à cheval, mais aujourd'hui il y assiste en carrosse. Cette tolérance a été étendue aux greffiers par un arrêté de la Tournelle, qui porte que *les greffiers accompagneront le rapporteur dans son carrosse.* Ils assistaient autrefois à l'Exécution à cheval, quoique le rapporteur y assistât en carrosse.

Quand le coupable est sur l'échafaud, comme on ne doit plus l'en faire descendre, il faut que le juge s'approche pour recevoir ses déclarations et en dresser les actes nécessaires. A l'égard des cours, elles sont dans l'usage de faire recevoir ces déclarations par leur greffier, lorsque le patient est au lieu du supplice, et qu'il ne peut être conduit dans un lieu voisin.

Le juge chargé de présider à l'Exécution, doit être assisté d'un certain nombre d'archers qui sont obligés d'aller le chercher, de l'accompagner jusqu'au lieu de l'Exécution, et de le reconduire ensuite chez lui. Deux arrêts, l'un en faveur du lieutenant

Digitized by Google

thentique On ne peut, sans contredit, séparer dans ce texte le mot *cédule* d'avec l'épithète *authentique:* or, qu'entend-on en Hainaut par un billet de cette espèce? C'est ce que nous apprend l'art. 2 du chap. 109 des chartes générales, en déclarant exécutoires toutes obligations passées *sur le scel et signature de l'obligé*. Il ne suffit donc pas qu'un billet soit signé du débiteur pour être authentique ou exécutoire (car ces deux expressions sont ici parfaitement synonymes), il faut encore qu'il soit *scellé de son scel ordinaire;* et si cette dernière condition manque, on ne peut le regarder que comme un billet simple, et par conséquent sonmis aux formalités de la reconnaissance judiciaire, avant qu'il puisse devenir le sujet d'une Exécution.

On'on ne dise pas que c'est par mégarde que les mots *scel et signature* ont été réunis dans l'article cité, par la conjonctive *et:* il est certain que cette particule n'a pu avoir d'autre objet dans l'esprit du législateur, que de nécessiter le concours du scel et de la signature pour rendre un billet exécutoire. C'est ce que justifient plusieurs autres passages des chartes générales.

L'art. 10 du chap. 109 compare aux obligations reçues par des hommes de fief du Hainaut, celles qui sont *passées sur le scel et signature des obligés*.

L'art. 11 du chap. 32, après avoir dit que les testamens doivent être revêtus des mêmes formalités que celles qui sont prescrites pour rendre les obligations exécutoires, et avoir tiré de ce principe la conséquence que *les testamens faits et écrits de la main des testateurs, seront valables et exécutoires, moyennant qu'ils soient signés d'iceux, AVEC APPOSITION DE LEUR SCEL*, ajoute, par forme d'exception, que néanmoins le testament d'une personne absente du Hainaut serait valable *s'il était écrit et signé de la main du testateur, ores que les solennités d'obligations ou autres, ne fussent observées*.

Les art. 11 et 12 du chap. 75 ne sont pas moins formels: ils portent que dans toute distribution de deniers, les créanciers fondés en titres exécutoires doivent être payés après les créanciers privilégiés, et que s'il reste encore quelque chose, deduction faite de leurs créances, *les autres créditeurs par cédule seront payés* sur ce qui restera. On ne peut sans doute distinguer plus clairement un acte exécutoire d'avec une simple cédule.

D'après des termes aussi positifs, il est évident qu'on ne doit pas balancer à rejeter la proposition de Dumées comme trop générale, ou du moins à la restreindre aux billets sous seing-privé qui sont munis du sceau ordinaire de l'obligé. C'est surtout dans les matières d'Exécution, toujours rigoureuses par elles-mêmes, qu'il faut s'attacher aux dispositions textuelles des lois et des coutumes: il est déjà assez extraordinaire de voir les législateurs du Hainaut attribuer au sceau d'un contractant la même force qu'au sceau de l'autorité publique. Pourquoi donc étendre cettejurisprudence au-delà des bornes dans lesquelles ils l'ont circonscrite?

Une question très importante, et à laquelle cependant on ne paraît guères avoir pensé jusqu'à présent, est de savoir si, depuis l'édit du mois d'avril 1695, portant création de notaires et de tabellions gardes-notes dans le ressort du parlement de Flandre, et notamment dans le Hainaut français, on peut encore, en cette province, procéder par Exécution en vertu d'un billet passé *sous le scel et signature* du débiteur. Dumées ne paraît pas avoir soupçonné que l'affirmative fût susceptible de la moindre difficulté; et c'est aussi ce que pensent la plupart des praticiens. Mais ce qui peut nous faire douter de l'exactitude de cette opinion, c'est ce passage de l'édit que nous venons de citer:

«Et afin que dorénavant il y ait un dépôt public et perpétuel pour la garde et conservation des contrats et autres actes, et qu'ils aient une marque qui les rende authentiques, sans qu'il soit besoin de les faire reconnaître ou vérifier avant que de les pouvoir exécuter et s'en servir en justice, nous avons créé et érigé, créons et érigeons en titre d'office un tabellion ou garde-note pour recevoir, garder, grossoyer, sceller de notre scel, et signer tous contrats, obligations, testamens et autres actes passés devant notaires ou hommes de fiefs, dans toute l'étendue du ressort de notre conseil souverain de Tournai (*aujourd'hui parlement de Flandre*); et en conséquence avons declaré et déclarons nulles et de nul effet toutes les Exécutions, mains-assises, mises de fait, desbéritances, adhéritances, et généralement tous exploits et actes de juridiction qui se trouveront être faits à l'avenir en vertu de contrat ou autre acte non scellé, mis en grosse et signé du tabellion..... ».

Ce texte deroge-t-il à l'art. 2 du chap. 109 des chartes générales, en tant que celui-ci déclare exécutoires les actes dont il fait mention?

Ces actes, comme on l'a vu, sont de trois sortes: ceux que les hommes de fiefs reçoivent en leur qualité; ceux qui ont passés devant les officiers municipaux, et munis du scel echevinal; ceux que les parties font elles-mêmes *sous leur scel et signature*.

De ces trois espèces d'actes, il est certain que ceux de la seconde sont encore exécutoires, indépendamment de la nouvelle formalité qu'a prescrite l'édit de 1675; car le roi déclare expressément dans cette loi, que, par l'établissement du tabellionage, il n'entend pas préjudicier au droit qu'ont les juges municipaux des villes closes, de recevoir des contrats sous leurs scels. — Mais de cette exception même ne doit-on pas conclure que les actes de la troisième espèce ne diffèrent plus aujourd'hui, par rapport à l'Exécution, des simples billets sous seings-privés? Et n'en résulte-t-il pas évidemment que le législateur a regardé le sceau des particuliers comme incapable de donner à une obligation cette force coactive qui est le principe de l'Exécution parée? — Il est constant, et suivant l'esprit, et suivant la lettre de l'édit, que le sceau des hommes de fiefs ne peut plus rendre aucun acte executoire. Or,

Digitized by Google

tice, c'est uniquement pour empêcher les créanciers de vexer leurs débiteurs, en les poursuivant pour des dettes qui pourraient être acquittées ou prescrites : la preuve en résulte de la défense que la coutume de Valenciennes fait aux juges d'autoriser un créancier à une Exécution, avant d'avoir pris son serment sur ce qu'il prétend lui être dû ; et ce qui démontre évidemment que l'objet de ces sortes de permissions n'est point de rendre les contrats executoires, c'est qu'ils doivent être tels avant qu'on puisse obtenir ni même demander la permission de les exécuter. En effet, les art. 117 et 120 de la coutume de Valenciennes portent que les contrats sont exécutoires après le *record*, formalité dont nous parlerons sous ce mot, et à laquelle équivaut aujourd'hui l'apposition du seel royal à la grosse. L'art. 2 du chap. 109 des chartes générales déclare pareillement executoires toutes obligations *connues et passées pardevant hommes de fiefs, jurés de franche ville*, etc. Il faut donc tenir pour constant qu'une Execution faite, soit dans le chef-lieu de Valenciennes, soit dans toute autre partie du Hainaut français, en vertu d'un contrat exécutoire, doit même encore aujourd'hui être précédée d'une permission de justice.

Cette permission s'accorde toujours sur requête ; mais il est essentiel que le créancier se borne à la demander, sans conclure à ce que le débiteur soit appelé pour être condamné au paiement de la somme qui est l'objet de l'Exécution. *V. Clain* et *Main-mise*.

Le droit romain met en principe que l'action appelée *judicati* se preserit par le laps de trente ans, à compter du jour des dernières poursuites pour parvenir à l'Execution du jugement ; ce qui est fondé sur ce que les actions personnelles, de la nature desquelles est toujours celle dont nous parlons, se prescrivent dans ce droit par le même espace de temps. Comme les chartes générales du Hainaut admettent la prescription de vingt et un ans pour les actions personnelles fondées sur titres, il est naturel que l'action *judicati* se preserive en cette province par le même terme : aussi telle est la decision expresse de l'art. 11 du chap. 53 et de l'art. 17 du chap. 107.

Il ne faut cependant pas croire qu'un jugement puisse seul former la base d'une Exécution parée, tant qu'il n'est pas prescrit. Les chartes générales du Hainaut ne lui attribuent cet effet que pendant trois ans ; après ce temps, elles le regardent comme suranné, et veulent qu'on le fasse déclarer executoire contre la partie condamnée avant de proceder par Exécution. C'est la disposition expresse des art. 13 et 14 du chap. 53. — Dumées ne paraît pas avoir entendu ces textes, car il dit, en les citant, page 126 de son *traité des juridictions*, que les jugements peuvent être mis à Exécution durant l'espace de vingt et un ans, et qu'après ce terme ils deviennent surannés. Il est visible que cet auteur confond la suranuation avec la preseription ; ce sont cependant deux choses tres différentes : l'une n'apporte à l'Exécution qu'un obstacle momentané ; l'autre éteint tout-à-fait le droit d'exécuter.

Il y a quelque chose de plus singulier encore dans les coutumes de Lille et de la châtelleuie du même nom. Les jugemens ne s'y prescrivent que par le laps de trente ans, mais ils deviennent surannés au bout d'un an ; de sorte qu'après ce terme il faut ajourner la partie condamnée avant de l'exécuter. C'est ce qui resulte de l'art. 9 du tit. 18 de la première des coutumes citees, et de l'art. 6 du tit. 23 de la seconde.

Cette disposition a été adoptée par plusieurs autres coutumes des Pays-Bas, et entre autres par celle de Malines, comme l'observe Cuypers en son *Traité des procédures réelles*. Knobaert rappelle à ce sujet un règlement du conseil provincial de Flandre, qui porte que si, dans les coutumes où les sentences deviennent surannées par le laps d'un an, elles ont été une fois déclarées exécutoires contre les condamnés, elles restent toujours telles pendant trente ans, sans tomber davantage en suranuation. Ce reglement a été fait pour empêcher les procureurs de multiplier les frais de procédure, en laissant surauner plusieurs fois un jugement qu'ils devraient mettre promptement à Exécution.

Les arrêts de la plupart des cours souveraines des Pays-Bas se suranneut comme les sentences des juges inférieurs ; mais la suranuation ne s'opère à leur égard que par le laps de dix ans. C'est ce que portent le *style* du grand conseil de Malines, titre *des sentences*, art. 16 ; celui du conseil souverain de Hollande, art. 263 ; et celui du parlement de Flandre, chap. 11, art. 2.

La suranuation des arrêts de ce dernier tribunal se purge par une assignation que l'on donne à la partie condamnée, en vertu d'une commission de chancellerie, suivie d'un jugement exécutoire que l'on obtient à sa charge.

On a demandé à cette occasion si l'on pouvait ajourner au parlement de Flandre une personne domiciliée hors du ressort de cette cour, pour voir déclarer exécutoire un arrêt qui y avait été rendu contre elle depuis dix ans, ou s'il fallait se pourvoir pour ce sujet devant le juge de son domicile. Un arrêt du 23 avril 1708 a adopté ce dernier parti : voici l'espèce sur laquelle il a été rendu. Le sieur Le Normant, demeurant à Paris, s'étant rendu adjudicataire de la ferme des impôts de Gand, pendant que la France en était maîtresse, avait eu avec les échevins de cette ville plusieurs difficultés qui avaient été terminées à son désavantage par arrêt du parlement de Flandre du 11 decembre 1686. Les échevins satisfaits de leur victoire négligerent de poursuivre l'Exécution de l'arrêt jusqu'en 1704 ; mais à cette époque ils se pourvurent à la chancellerie du parlement de Flandre, et en vertu d'une commission qu'ils y levèrent, firent assigner le sieur Le Normant pour voir déclarer l'arrêt exécutoire à sa charge. Celui-ci demanda son renvoi devant le juge de son domicile, sur le fondement que les arrêts ne pouvant être exécutés après dix ans

Digitized by Google

encore mettre un contrat notarié à exécution sur la seule grosse qu'en délivrait le notaire; et un arrêt de la cour de cassation, du 21 vendémiaire an 11, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, tom. 5, page 409, a jugé pour l'affirmative.

Bientôt après, la loi du 25 ventose de la même année a voulu, art. 25, que les grosses des contrats notariés fussent intitulées et terminées de la même manière que les jugemens des tribunaux.

Et par là est devenue commune aux grosses des contrats notariés, la disposition de l'art. 141 du sénatus-consulte du 28 floréal an 12:— « Les expéditions exécutoires des jugemens (porte cet article), sont rédigées ainsi qu'il suit : N. (*le prénom de l'Empereur*), par la grace de Dieu et les constitutions de la République, Empereur des Français, à tous présens et à venir, Salut. La cour de.... ou le tribunal de.... (*si c'est un tribunal de première instance*), a rendu le jugement suivant : (*ici copier l'arrêt* ou le *jugement*). Mandons et ordonnons à tous huissiers sur ce requis, de mettre ledit jugement à exécution; à nos procureurs généraux, et à nos procureurs près les tribunaux de première instance, d'y tenir la main; à tous commandans et officiers de la force publique, de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi, le présent jugement a été signé par le président de la cour ou du tribunal, et par le greffier ».

Aussi l'art. 547 du Code de procédure civile déclare-t-il que « nul jugement ni *acte* ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitule que les lois, et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, ainsi qu'il est dit art. 146, » lequel renvoie au sénatus-consulte du 28 floréal an 12.

Les grosses des contrats délivrées avant ce sénatus-consulte, peuvent-elles aujourd'hui être mises à Exécution, sans qu'elles soient revêtues de la nouvelle formule que prescrit cet acte constitutionnel? Un avis du conseil d'état du 2e jour complémentaire an 13, approuvé le 4 par l'Empereur, décide qu'elles « peuvent être mises à Exécution sous la formule exécutoire dont elles ont été revêtues au moment de leur confection, sans qu'il soit besoin d'y ajouter aucune nouvelle formule ».

3°. « Les jugemens rendus et les actes passés en France, sont exécutoires dans tout l'empire sans visa ni pareatis, encore que l'Exécution ait lieu hors du ressort du tribunal par lequel les jugemens ont été rendus, ou dans le territoire duquel les actes ont été passés ». Ce sont les termes de l'art. 547 du Code de procédure civile.

Remarquez cependant que pour qu'on puisse exécuter en vertu d'une grosse notariée, hors du département dans lequel réside le notaire qui l'a délivrée, il faut qu'elle soit légalisée par le tribunal de l'arrondissement dans lequel il a sa résidence. C'est la disposition de la loi du 29 septembre 1791, tit. 2, sect. 2, art. 15; et de la loi du 25 ventose an 11, art. 28.

4°. Les jugemens ne se surannent plus dans aucune partie de la France; ils conservent leur force exécutoire, tant qu'ils ne sont pas prescrits.

V. Expédition, Grosse, Commandement, Contrainte, Clain, Jugement, Huissier, Expropriation forcée, Saisie, etc.]]

* EXÉCUTION PROVISOIRE DES JUGEMENS.

Régulièrement l'appel suspend l'exécution d'une sentence rendue par un juge inférieur; cependant il y a des sentences qui s'exécutent par provision nonobstant l'appel.

I. L'ordonnance de Blois avait ordonné indéfiniment l'Exécution provisoire des jugemens en matière sommaire; mais l'ordonnance de 1667 n'a conservé cette disposition indéfinie que pour les matières de police : dans celles-ci, les jugemens, soit définitifs, soit provisoires, doivent toujours être exécutés par provision en donnant caution, à quelques sommes que puissent monter les condamnations. La raison en est que ces sortes d'affaires intéressant l'ordre public, il importe que l'Exécution des jugemens qui y ont rapport, n'éprouve aucun retardement.

A l'égard des autres matières sommaires, le législateur a distingué les jugemens définitifs d'avec les simples jugemens provisoires.

Pour statuer jusqu'à quel degré les jugemens définitifs en matière sommaire sont exécutoires par provision, il faut faire attention à la qualité des tribunaux dont ces jugemens sont émanés. On ce sont des justices seigneuriales, on ce sont des justices royales. — Dans le premier cas, les justices seigneuriales ressortissent nuement au parlement, ou n'y ressortissent pas. Si elles y ressortissent, les sentences définitives qui y sont rendues en matière sommaire, ne peuvent être exécutées par provision que lorsqu'elles n'excèdent pas quarante livres; mais il ne faut pas qu'elles excèdent vingt livres pour avoir cet avantage dans les justices seigneuriales qui ne ressortissent point nuement aux cours, et cela, quand bien même ces justices auraient la qualité de duchés-pairies.— Dans le second cas, il faut encore mettre une grande différence entre les diverses classes de justices royales. Dans celles qui sont au plus bas degré, comme les prévôtés, les châtellenies et les autres tribunaux royaux du même rang, tels que sont les maîtrises particulières, les sièges particuliers d'amirauté, les élections et greniers à sel, les sentences définitives peuvent être exécutées par provision en matière sommaire jusqu'à concurrence de soixante livres. Dans les tribunaux royaux d'un ordre plus élevé, c'est-à-dire, dans les bailliages et sénéchaussées, sièges des tables de marbre et autres de même nature, l'Exécution provisoire est accordée jusqu'à cent livres; et aux requêtes de l'hôtel et du palais, jusqu'à trois cents livres. Ces deux derniers tribunaux, quoique subordonnés aux cours de même que les bailliages et sénéchaussées, méritaient cette distinction particulière, tant par rapport aux juges qui les composent, que par rapport aux parties qui ont le pri-

Digitized by Google

cution contre l'adjudicataire des fermes generales ou ses cautions.

[[Anjourd'hui, il n'y a plus d'appel en matière d'enregistrement, de timbre ni de droits reunis.

Quant aux matières de douanes, les jugemens ne sont pas exécutoires nonobstant appel. *V.* les lois des 22 août 1791, 4 germinal an 2, 14 fructidor an 3 et 9 floréal an 7. *V.* d'ailleurs *Contraintes-Finances.*]]

IV. Les appellations comme d'abus interjetées des ordonnances et jugemens rendus par les archevêques et les autres juges d'église, concernant la celebration du service divin, la réparation des églises, les achats d'ornemens, la subsistance des cures, le rétablissement ou la conservation de la clôture des religieuses, la correction des mœurs des personnes ecclesiastiques, et les autres objets relatifs à la discipline ecclesiastique, n'ont aucun effet suspensif; et ces ordonnances et jugemens doivent être exécutés par provision, nonobstant ces appellations, et sans y préjudicier. C'est ce qui résulte de l'art. 36 de l'édit du mois d'avril 1695, qui établit la même règle, relativement aux appellations des réglemens faits par les archevêques et les autres

l'Exécutoire de dépens qui lui a été délivré, qu'elle ne l'ait préalablement fait signifier au procureur adverse; et il faut observer qu'un tel Exécutoire ne fait point produire d'interêt aux dépens; il faut pour cet effet que ces intérêts aient été demandés judiciairement, et que l'on ait obtenu une sentence qui y ait condamné le debiteur.

Celui qui n'est pas content de l'Exécutoire peut en interjeter appel, ainsi que de la taxe, excepté pour les Exécutoires émanés des cours souveraines où l'on ne pourvoit par appel de la taxe, et par opposition seulement contre l'Exécutoire, supposé qu'il n'ait pas été délivré contradictoirement.

[[*V.* le Décret impérial du 16 février 1807, relatif à la liquidation des dépens.]]

II. Les Exécutoires pour frais d'un procès criminel doivent être decernés contre la partie civile par les juges qui ont connu du delit; et s'il n'y a point de partie civile, l'Exécutoire doit être décerné contre les seigneurs hauts-justiciers, ou contre les engagistes du domaine, ou enfin sur le domaine du roi. C'est ce que prescrivent les art. 16 et 17 du tit. 25 de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670.

Le même art. 17 veut que si la partie civile est

contre les officiers du bailliage d'Argentan qui avaient décerné ces Exécutoires; que l'arrêt du conseil du 12 août 1732 portait expressément que dans les Exécutoires la qualité de l'accusation serait exprimée, et que l'arrêt du 12 août 1710 défendait aux intendans de viser aucuns Exécutoires qu'il ne leur eût apparu des procédures sur lesquelles ils avaient été décernés, pour connaître si les crimes étaient de la qualité portée par l'arrêt de 1683, et ordonnait même que pour cet effet ils se feraient rapporter les originaux des procédures qu'ils jugeraient à propos.— L'arrêt du conseil qui intervint le 23 septembre 1754, sur la demande de M. le comte d'Eu, est ainsi conçu : « Vu, etc., ensemble l'arrêt du premier septembre 1684, rendu concernant différens frais des procès criminels pour le ressort du parlement de Rouen, et lesdits arrêts du conseil des 26 octobre et 23 novembre 1683, 5 mai 1685 23 octobre 1694, 12 août 1710, 12 août 1732 et 23 janvier 1742; ouï le rapport; le roi étant en son conseil, a cassé et annulé, casse et annulle ledit arrêt du parlement de Rouen du 19 août dernier, comme attentatoire à l'autorité de sa majesté; déclare nulles toutes les procédures qui pourraient avoir été faites en conséquence; or donne que ledit arrêt du conseil du 12 juin 1754, les ordonnances rendues en exécution dudit arrêt du 11 juin, par le sieur intendant et commissaire départi en la généralité d'Alençon, ensemble lesdits arrêts et règlemens du conseil concernant les frais de justice, seront exécutés selon leur forme et teneur; enjoint sa majesté aux officiers dudit bailliage d'Argentan de se rendre sans délai à la suite du conseil, pour rendre raison de leur conduite, etc. Ordonne que le présent arrêt sera imprimé et affiché, etc. »

[[La loi du 19 septembre 1790 ayant, en cette partie, subrogé aux intendans les administrations centrales que les préfets remplacent aujourd'hui, les préfets sont nécessairement appelés à faire en cette partie tout ce que les anciens règlemens attribuaient aux intendans. *V.* l'arrêté du directoire exécutif du 6 messidor an 6, art. 4 et 25.]]

Suivant l'art. 2 de l'arrêt du conseil du 24 novembre 1733, les lieutenans doivent envoyer au contrôleur général des finances, tous les six mois, copies des Exécutoires qu'ils ont visés, avec les mémoires en détail des frais, et le procès-verbal de capture. — [[*V*, l'arrêté du directoire exécutif du 6 messidor an 6, art. 26.]]

Les Exécutoires décernés sur le domaine du roi pour frais d'exécution, pour conduite de prisonniers ou de condamnés aux galères, et pour d'autres dépenses urgentes et nécessaires, doivent être acquittés sur-le-champ par les commis du fermier, sans attendre que ces Exécutoires soient visés, à la charge toutefois de les faire viser dans trois mois après le paiement. Cela est ainsi prescrit par les lettres-patentes du 12 juillet 1687 et par un arrêt du conseil du 23 octobre 1694.

La même règle doit être observée relativement aux salaires des témoins. L'arrêt du conseil du 12 août 1732 veut qu'ils soient payés sans aucun retard par les commis du fermier du domaine dans les lieux où il y a juridiction royale : il suffit à cet égard de rapporter l'exploit avec la taxe quittancée par le témoin, s'il sait signer, ou l'exploit avec la taxe du juge, faisant mention que le témoin ne sait pas signer. Au reste, il faut qu'ensuite le commis fasse arrêter par le juge, en presence du procureur du roi, un état des sommes payées aux témoins dans chaque procès, et qu'il en soit décerné Exécutoire en la forme ordinaire, pour être visé par l'intendant, et être tenu compte du montant au fermier. Il doit être fait mention dans cet Exécutoire, de la nature du délit, de la qualité et de la demeure des témoins, et de la distance des lieux.

[[*V.* l'arrêté du directoire exécutif du 6 messidor an 6, art. 5, 8 et 9.]]

Quelques cours, et notamment le parlement de Bordeaux, avaient pensé qu'au rang des *dépenses urgentes et nécessaires*, qui, selon les lettres-patentes du 12 juillet 1687, doivent être acquittées avant que les Exécutoires en aient été visés, on pouvait comprendre les frais de la nourriture des enfans exposés ou abandonnés, le papier timbré, la fourniture du pain aux prisonniers, les frais de la journée des huissiers, etc. Mais par arrêt de règlement du 3 juin 1778, le conseil a décidé que les fermiers ou receveurs des domaines, leurs commis et préposés ne pourraient acquitter sans *visa* préalable aucun Exécutoire des frais, à moins qu'il ne fût causé pour les salaires de témoins, les frais d'exécution, et ceux de conduite ou translation de prisonniers ou de condamnés aux galères.

V. Dépens, Frais des procès criminels, Taxe, Contrainte, etc. (*V.* GUYOT.)*

FIN DU TOME QUATRIÈME.

DE L'IMPRIMERIE DES FRÈRES MAME, RUE DU POT-DE-FER, N°. 14.

Digitized by Google

Digitized by Google